This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

3 2044 103 197 455

Bd. March 1893

HARVARD LAW LIBRARY.

Received March 2, 1892

GERMANY

Pandekten

von

Heinrich Dernburg,
ordentlichem Professor des Rechtes an der Universität Berlin.

Dritter Band.

8°
Berlin 1887.
Verlag von H. W. Müller.

Das Recht der Ueberſetzung wird vorbehalten.

Rec. March 2, 1892

Inhaltsübersicht.

Viertes Buch. Das Familienrecht.

Erster Abschnitt. Allgemeine Begriffe.

Seite

§ 1. Die Familie und das Familienrecht 1
§ 2. Kognation und Agnation 3
§ 3. Unterscheidungen unter den Verwandten 4
§ 4. Die Verschwägerung 5

Zweiter Abschnitt. Das Eherecht.

Erstes Kapitel. Das Wesen der Ehe.

§ 5. Begriff der Ehe. Staat und Kirche 7
§ 6. Die persönliche Stellung der Ehegatten 8

Zweites Kapitel. Eingehung und Auflösung der Ehe.

§ 7. Verlöbniß 10
§ 8. Die Form der Eheschließung 13
§ 9. Die sachlichen Erfordernisse der Eheschließung 14
§ 10. Aufhebung der Ehe 17

Drittes Kapitel. Das eheliche Güterrecht.

I. Das Allgemeine.

§ 11. Das System der Gütertrennung 19
§ 12. Die Paraphernen. Mucianische Präsumtion 20

II. Die Dos.

§ 13. 1. Begriff und Wesen 21
§ 14. 2. Die Geschichte des römischen Dotalrechtes 23

Seite

3. Die Begründung des Dotalverhältnisses.

§ 15. a. Die gesetzliche Dotationspflicht 26
§ 16. b. Die Dosbestellung 28
§ 17. c. Die Dotalverträge 32

4. Die Rechtsverhältnisse während der Ehe.

§ 18. a. Die Rechte des Ehemannes 34
§ 19. b. Die Rechte der Ehefrau 36

5. Die Dotalverhältnisse nach Auflösung der Ehe.

§ 20. a. Die Rückforderungsklagen im allgemeinen 38
§ 21. b. Rückforderungsberechtigte 39
§ 22. c. Gegenstand der Dotalklage 40
§ 23. d. Beweis bei der Dotalklage 44

III. Schenkungen unter Ehegatten. Propter nuptias donatio.

§ 24. Die Schenkungen unter Ehegatten 45
§ 25. Die propter nuptias donatio 47

IV. Ehescheidungsstrafen. Nachtheile der Wiederverheirathung.

§ 26. Ehescheidungsstrafen 49
§ 27. Nachtheile der Wiederverheirathung 51

Dritter Abschnitt. Die väterliche Gewalt und das Elternrecht.

Erstes Kapitel. Entstehung und Endigung der väterlichen Gewalt.

§ 28. Eheliche Abstammung 54
§ 29. Legitimation 56
§ 30. Die Adoption 58
§ 31. Beendigung der väterlichen Gewalt 60

Zweites Kapitel. Das Vermögensrecht der Hauskinder.

§ 32. Geschichte des Rechtes des Hausvaters 62
§ 33. Die Ausbildung des unfreien Kindervermögens 64
§ 34. Das unfreie Kindesgut im einzelnen 66
§ 35. Das freie Kindesvermögen 67

Drittes Kapitel. Rechte und Pflichten der Eltern.

§ 36. Rechte bezüglich der Person des Kindes 69
§ 37. Gegenseitige Alimentationspflicht von Ascendenten und Descendenten . . 70
§ 38. Alimentationsansprüche unehelicher Kinder gegen ihren Erzeuger . . . 72

Vierter Abschnitt. Das Vormundschaftsrecht.

Erstes Kapitel. Die Grundbegriffe.

§ 39. Die Entwickelung des römischen Vormundschaftsrechtes 73
§ 40. Gemeines Recht. Die Reichspolizeiordnungen 76

Seite

§ 41. Die Gründe der Bevormundung 77
§ 42. Die Vormünder 78
§ 43. Die Obervormundschaft 79

Zweites Kapitel. Die Begründung und Beendigung der Vormundschaft.

§ 44. Berufungsgründe, Bestellung 80
§ 45. Fähigkeit zur Vormundschaft 82
§ 46. Ablehnung der Vormundschaft 83
§ 47. Beendigung der Vormundschaft 84

Drittes Kapitel. Rechtswirkungen der Vormundschaft.

§ 48. Sorge für die Person des Mündels 85
§ 49. Die Vermögensverwaltung 86
§ 50. Veräußerungsverbot 87
§ 51. Kontrolmaßregeln 89
§ 52. Die Vormundschaftsklagen 89
§ 53. Vom Protutor 91

Fünftes Buch. Das Erbrecht.

Erster Abschnitt. Die allgemeinen Lehren.

I. Das Wesen des Erbrechtes.

§ 54. Würdigung des Erbrechtes 93
§ 55. Der Erbe und der Vermächtnißnehmer 94

II. Voraussetzungen der Erbfolge.

§ 56. Der Erblasser 97
§ 57. Gründe der Erbfolge 97
§ 58. Der Erwerb der Erbschaft 101
§ 59. Die Erbfähigkeit 102
§ 60. Indignität 104
§ 61. Die ruhende Erbschaft 107

III. Zur Geschichte des Erbrechtes.

§ 62. Hereditas und bonorum possessio 110
§ 63. Entwickelung der bonorum possessio 114
§ 64. Legate und Fideikommisse 115
§ 65. Fideikommissarische Erbschaften 118

Zweiter Abschnitt. Die einseitigen letztwilligen Verfügungen.

Erstes Kapitel. Begriff und allgemeine Grundsätze.

§ 66. Das Testament und das Kodicill 120
§ 67. Testirrecht und Testirfähigkeit 123

Seite

Zweites Kapitel. Die Formen der letztwilligen Verfügungen.

I. Einleitung.

§ 68. Form und Formlosigkeit 126
§ 69. Zur Geschichte der Testamentsformen 127

II. Die ordentlichen Testamentsformen des justinianischen Rechtes.

§ 70. 1. Das ordentliche Privattestament 130
§ 71. 2. Die öffentlichen Testamente 134

III. Besondere Arten der Testamente.

§ 72. Außerordentliche Formen 135
§ 73. Das Militärtestament 137

IV. Erleichterte Form für Vermächtnisse.

§ 74. Die Kodicillarform 140
§ 75. Das Oralfideikommiß 141

Drittes Kapitel. Die allgemeinen Grundsätze der letztwilligen Verfügungen.

I. Der letzte Wille und seine Erklärung.

§ 76. Bestimmtheit des Willens 142
§ 77. Die Willenserklärung 145
§ 78. Die Interpretation der Testamente 147

II. Fehlerhafte Verfügungen.

§ 79. Wesentlicher Irrthum 150
§ 80. Unlautere Behinderung. Zwang 151
§ 81. Maßnahmen gegen Erbschleicherei 153

III. Nebenbestimmungen bei letztwilligen Verfügungen.

§ 82. Allgemeines. Die aufschiebende Bedingung 154
§ 83. Favorable Behandlung der Bedingungen letztwilliger Verfügungen . . 155
§ 84. Der Modus bei letztwilligen Verfügungen 157

Viertes Kapitel. Die Erbeseinsetzung.

I. Die Erbeseinsetzung im allgemeinen.

§ 85. Die Erfordernisse der Erbeseinsetzung 159
§ 86. Ernennung von Miterben 160
§ 87. Erbeseinsetzung auf Einzelobjekte 163

II. Substitutionen.

§ 88. 1. Vulgarsubstitution 167
§ 89. 2. Die Pupillarsubstitution 169
§ 90. 3. Die Quasipupillarsubstitution 173

Seite

III. Das Anwachsungsrecht.

§ 91. Das allgemeine des Anwachsungsrechtes 174
§ 92. Die Akkrescenz unter testamentarischen Miterben 177

Fünftes Kapitel. Ungültigkeit der Testamente.

§ 93. 1. Nichtigkeit und Vernichtung der Testamente im allgemeinen . . . 178
§ 94. 2. Widerruf der Testamente 180
§ 95. 3. Die Kodicillarklausel 182
§ 96. 4. Urtheil und Vergleich über die Rechtsbeständigkeit des Testamentes 184
§ 97. 5. Korrespektive Testamente 186

Sechstes Kapitel. Die Vermächtnisse und die Schenkungen auf den Todesfall.

I. Die Vermächtnisse im allgemeinen.

A. Das Wesen und die Wirkungen.

§ 98. Begriff der Vermächtnisse 189
§ 99. Die Rechte aus dem Vermächtnisse 192
§ 100. Zwecke der Vermächtnisse. Gunst und Ungunst 195
§ 101. Die Falcidische Quart 197

B. Errichtung der Vermächtnisse.

§ 102. 1. Der Errichtungsakt 203
§ 103. 2. Die Subjekte der Vermächtnisse 204
§ 104. 3. Gegenstand der Vermächtnisse. Regula Catoniana 206

C. Aufhebung der Vermächtnisse.

§ 105. 1. Entkräftung von Testament oder Kodicill 208
§ 106. 2. Besondere Gründe der Aufhebung der Vermächtnisse 210

D. Vermächtnißerwerb.

§ 107. 1. Anfangszeit des Vermächtnisses und Vollzug des Erwerbes . . . 213
§ 108. 2. Das Recht der Repudiation des Vermächtnisses 215

II. Die einzelnen Arten der Vermächtnisse.

A. Nach der Verschiedenheit des Gegenstandes.

§ 109. 1. Vermächtnisse individuell bezeichneter Sachen und von Gesammtheiten 216
§ 110. 2. Indeterminirte Vermächtnisse 218
§ 111. 3. Vermächtnisse auf Lebenszeit 221
§ 112. 4. Forderungen als Gegenstand von Vermächtnissen 223

B. Akkrescenz und Substitution bei Vermächtnissen.

§ 113. Das Anwachsungsrecht bei Vermächtnissen 227
§ 114. Die Substitutionen bei Vermächtnissen 230

Seite

C. Das Prälegat.

§ 115. Begriff und Wirkungen des Prälegates 231
§ 116. Die Akrescenz beim Prälegat 233

III. Schenkungen auf den Todesfall.

§ 117. Begriff und Arten der Schenkungen auf den Todesfall 235
§ 118. Unterordnung der Schenkungen auf den Todesfall unter die Theorie der Vermächtnisse 237

Siebentes Kapitel. Das Universalfideikommiß.

§ 119. Die Anordnung des Universalfideikommisses 239
§ 120. Die Rechtsverhältnisse bis zur Restitution 242
§ 121. Der Eintritt des Universalfideikommissars in die Erbenstellung . . 244
§ 122. Die Rechtsverhältnisse nach der Restitution 246
§ 123. Das Fideikommiß auf den Ueberrest 249

Achtes Kapitel. Die Testamentsexekutoren.

§ 124. Geschichte und Wesen der Testamentsexekution 250
§ 125. Die Rechtssätze der Testamentsexekution im einzelnen 252

Dritter Abschnitt. Die Erbverträge.

§ 126. Einleitung. Die Erbverträge im engeren Sinne 254
§ 127. Erbverzichte, Verträge über den Nachlaß eines Lebenden 257

Vierter Abschnitt. Die Intestaterbfolge.

§ 128. Die Berufung zur Intestaterbfolge im allgemeinen 259

Erstes Kapitel. Das vorjustinianische Intestaterbrecht.

§ 129. Das altcivile Intestaterbrecht 260
§ 130. Die Modifikationen des civilen Intestaterbrechtes bei Justinian . . 263

Zweites Kapitel. Das justinianische Intestaterbrecht.

§ 131. Die leitenden Gedanken Justinians 266

A. Ordentliches Erbrecht der Verwandten.

§ 132. Die Ordnung der Verwandten 267
§ 133. Die successive Berufung 269
§ 134. Akrescenzrecht unter den Intestaterben 271
§ 135. Der Verwandtschaftsbegriff 272
§ 136. B. Ordentliches Erbrecht des überlebenden Ehegatten 275
§ 137. C. Außerordentliche Erbrechte 275
§ 138. D. Das Recht des Fiskus und juristischer Personen auf vakante Erbschaften 277

Seite

Drittes Kapitel. Die Kollation.

§ 139. Die Grundgedanken der Kollation 279
§ 140. Die ältere Kollation 280
§ 141. Die neuere Kollation 282

Fünfter Abschnitt. Das Notherbenrecht.

§ 142. Einleitung. Begriff des Notherbenrechtes 286

Erstes Kapitel. Das alte formelle Notherbenrecht.

§ 143. Institution oder Exheredation der sui 288
§ 144. Die bonorum possessio contra tabulas testamenti 291
§ 145. Absterben des alten formellen Notherbenrechtes 293

Zweites Kapitel. Das Pflichttheilsrecht und die Novelle 115.

I. Die geschichtliche Entwickelung des Pflichttheilsrechtes.

§ 146. Der Pflichttheil im allgemeinen 294
§ 147. Die querella inofficiosi testamenti 295
§ 148. Die Weiterentwickelung des Pflichttheilsrechtes 299

II. Der Pflichttheil und das Recht auf Erbeinsetzung im gemeinen Rechte.

§ 149. 1. Pflichttheilsberechtigte Personen 300
§ 150. 2. Der Betrag des Pflichttheiles 301
§ 151. 3. Die Formen der Zuwendung des Pflichttheiles 303
§ 152. 4. Pflicht der Erbeseinsetzung von Descendenten und Ascendenten . . 305
§ 153. 5. Die Enterbungsgründe 306
§ 154. 6. Die Querel nach der Novelle 115 308
§ 155. 7. Partielle Verletzung des Pflichttheiles 310
§ 156. 8. Das Pflichttheilsrecht und die Geschäfte unter Lebenden 311

Sechster Abschnitt. Der Eintritt des Erbfalles.

Erstes Kapitel. Schutzmaßregeln zu Gunsten der Erbinteressenten.

§ 157. Eröffnung des Testamentes, Einsichtnahme desselben 313
§ 158. Fürsorge des Gerichtes für den Nachlaß und den Erben 315
§ 159. Gerichtliche Einweisung. Possessorische Erbschaftsklagen 316

Zweites Kapitel. Der Erwerb der Erbschaft.

§ 160. Uebersicht. Geschichtliches 320

A. Erwerb durch fremde Erben.

§ 161. Voraussetzungen und Form des Antrittes und der Ablehnung . . . 321
§ 162. Fortsetzung. Mehrfache Berufung desselben Erben 324

Seite
§ 163. B. Der Erwerb durch die Hauskinder 326
§ 164. Ueberlegungsfrist 328

Drittes Kapitel. Die Uebertragung der Berufung. Veräußerung der Erbschaft.

I. Transmission.

§ 165. Der Begriff der Transmission 331
§ 166. Die einzelnen Transmissionsfälle 332

II. Die Veräußerung des Rechtes aus der Berufung und der Erbschaft.

§ 167. Abtretung des Rechtes aus der Berufung 336
§ 168. Die Veräußerung der Erbschaft 337

Viertes Kapitel. Die Wirkungen des Erbschaftserwerbes.

I. Die Repräsentation des Erblassers durch den Erben.

§ 169. Die Rechtsstellung des Erben im allgemeinen 339
§ 170. Absonderungsrecht der Erbschaftsgläubiger 340
§ 171. Die Rechtswohlthat des Inventars 343

II. Die Klagen des Erben.

§ 172. Die Erbschaftsklage 346
§ 173. Fortsetzung. Der Beweis bei der Erbschaftsklage 351
§ 174. Singularklagen des Erben und gegen den Erben 353

III. Die Rechtsverhältnisse der Miterben.

§ 175. Die Rechte der Miterben im allgemeinen 355
§ 176. Die Auseinandersetzung unter den Miterben 356

Register der Parömien XI
Sachregister 360

Regiſter der Parömien.

Die Zahlen vor der Klammer verweiſen auf die Seiten, die eingeklammerten Ziffern auf die Paragraphen; a = Anmerkung.

Exheredatus partem facit ad minuendam legitimam 303 (150).
Falsa causa non nocet 150 (79).
Falsa demonstratio non nocet 146 (77).
Hereditas viventis non datur 97 (56).
Heres facta defuncti praestare debet 340 a 4 (169).
In legitimis hereditatibus successio non est 113 (62), 262 (129).
Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest 98 (57), 111 (62), 138 (73).
Nomina sunt ipso jure divisa 355 a 4 (175).
Portio portioni accrescit 96 a 9 (55), 230 (113), 176 (91).
Positus in condicione non est positus in dispositione 145 (77).
Pretium succedit in locum rei 350 (172).
Semel heres, semper heres 102 (58), 118 (65), 138 (73), 154 (82), 170 (89), 239 (119).
Substitutus substituto est substitutus instituto 169 (88), 173 a 16 (90).
Tot gradus quot generationes 5 (3).

Druckfehler

im ersten und zweiten Bande.

Bd. 1 Seite 5 Anm. 2 lies: Stobbe a. a. O. Bd. 1.
„ „ „ 59 Anm. 3 lies: Ulpianus libro **primo**.
„ „ „ 155 Anm. 3 lies: oben in Anm. 1.
„ „ „ 162 Anm. 6 Zeile 3 lies: civitatum.
„ „ „ 163 Anm. 6 lies: Bd. 1 S. 155.
„ „ „ 206 Anm. 5 letzte Zeile lies: utile ratione initii, continuum ratione cursus.
„ „ „ 223 statt Anm. 18 im Text lies: 13.
„ „ „ 241 Anm. 5 Zeile 3 lies: ut esset is.
„ „ „ 245 Anm. 8 Zeile 4 lies: Anm. 7.
„ „ „ 260 Zeile 5 von unten lies: Eintritt **des Termines**.
„ „ „ 262 vor „§ 115“ einzuschalten: c).
„ „ „ 269 Zeile 5 lies statt „er hat ihm“: **Der Vertretene hat diesem**.
„ „ „ 285 Anm. 9 lies: § 240.
„ „ „ 289 Anm. 8 müssen wegfallen die Worte: „und sagt“.
„ „ „ 307 Zeile 4 von unten lies: mit dem Tode des **Verpflichteten**.
„ „ „ 382 statt § 168 u. f. w. lies: § 168. Der Arrest u. s. w.
„ „ „ 469 Zeile 7 von unten lies: selbst wenn **dieselbe**.
„ „ „ 485 Anm. 7 Zeile 1 und 2 lies: Vgl. l. 31 u. s. w.
„ „ „ 486 Anm. 2 Zeile 2 lies: non erit **ea**.
„ „ „ 505 Zeile 9 lies: **Anwesenheit**.
„ „ „ 526 Anm. 10 Zeile 2 lies: Bangerow Bd. 1 § 335.
„ „ „ 572 Zeile 9 lies: **Das** iter.
„ „ „ 592 Anm. 2 Zeile 3 lies: vel minuuntur.
„ „ „ 633 Zeile 10 lies: d. h. sie sind **einer**.
„ „ „ 639 Anm. 11 letzte Zeile lies: A° c. s. n. p. a.
„ „ „ 642 Anm. 8 Zeile 2 lies: bestehen an **beweglichen**.
„ „ „ 659 Anm. 10 letzte Zeile lies: Bd. 12 S. 222.

Bd. 2 Seite VI lies: „**Sechster**“ Abschnitt statt „Fünfter“.
„ „ „ 117 Zeile 6 lies: „**Beschädigte**“ statt „Beschuldigte“.
„ „ „ 128 Anm. 5 Zeile 5 lies: hac statt Raec.
„ „ „ 157 Anm. 1 Zeile 3 lies: Salkowski u. s. w. **1866**.
„ „ „ 158 Anm. 2 Zeile 1 lies: Bd. 2 § 353.
„ „ „ 158 Anm. 6 Zeile 2 lies: Bd. 19.
„ „ „ 159 Anm. 9 Zeile 13 lies: so kann der **Delegat**.
„ „ „ 180 lies: **Sechster** Abschnitt.
„ „ „ 186 Zeile 2 von unten lies: **Korrealschulden**.
„ „ „ 188 Zeile 4 zu streichen: „1“.
„ „ „ 188 Anm. 4 Zeile 7 von unten lies: „Korrealschuldner“ statt „Verbalschuldner“.
„ „ „ 215 Anm. 7 Zeile 2 zu streichen: „sie“.
„ „ „ 283 Anm. 16 Zeile 1 lies: die nachträgliche.
„ „ „ 356 Anm. 3 und 4 Zeile 1 lies: D. h. t. 12, 5.
„ „ „ 379 lies: Constitutum debiti 180 ff. (69).

Viertes Buch.

Das Familienrecht.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Begriffe.

§ 1. Die Familie und das Familienrecht.

Herkömmlicherweise vereinigt man unter dem gemeinsamen Titel des Familienrechtes das Recht der Ehe, der väterlichen Gewalt und der Vormundschaft.

Die Vormundschaft ist zwar im heutigen Rechte kein familienrechtliches Verhältniß mehr, aber sie ist den Familienrechten analog. Es war daher wenig glücklich, daß sie Puchta aus dem Kreise auswies und in das Obligationenrecht stellte, wohin sie nicht paßt.[1] Die Zusammengehörigkeit von Ehe, väterlicher Gewalt und Vormundschaft ist evident. Vor allem sind die historischen Ausgangspunkte gleichartige. Aber auch innerlich sind die Institute eng verwandt. Denn allen gemeinsam ist ihnen, daß eine persönliche Abhängigkeit existirt, die sich ebenso sehr von einer sachenrechtlichen Unterwerfung als von der bestimmt bemessenen, nie die ganze Person erfassenden obligatorischen Verpflichtung unterscheidet.[2]

Die Familienrechte haben zwei Seiten. Sie sind reine Familienrechte, soweit sie eine persönliche Abhängigkeit begründen, oder

1) Puchta, Pand. § 331; Windscheid Bd. 2 § 432 Anm. 4 bringt die Vormundschaft theilweise im Obligationenrechte und theilweise im Familienrechte unter. Damit wird die Sache nicht verbessert.

2) Ueber die juristische Konstruktion der Familienrechte vgl. Bekker, Pandekten Bd. 1 S. 77.

Familiengüterrechte, d. h. durch das Familienrecht bedingte Vermögensrechte. Das persönliche Familienrecht ist das grundlegende, da es das Familiengüterrecht durchweg beeinflußt.

Der äußere Mittelpunkt der Familie ist das Haus, welches den Hausvater, seine Frau und seine Kinder umschließt. Das Wort familia bedeutete denn auch ursprünglich in Rom nichts anderes als Hauswesen, d. h. den Hausvater und die Sachen und Personen, welche ihm unterstehen.[3]

In weiterer Bedeutung ist die römische Familie der Kreis der Agnaten, d. h. der Personen, die in einer Hausgewalt stünden, wenn der gemeinsame Ahne nicht verstorben wäre. Schon in Rom verstand man endlich unter Familiengliedern auch bloße Blutsverwandte.

Die älteste Organisation der römischen Familie im engeren Sinne war eine patriarchalisch-autokratische. Der Hausvater hatte über seine Ehefrau in manu und über seine Kinder in der potestas eine Herrengewalt, welche einem Eigenthumsrechte außerordentlich ähnlich war. Der Fortschritt in der Geschichte bestand nun darin, an die Stelle dieser autokratischen Herrengewalt gegenseitige persönliche Abhängigkeitsverhältnisse zu setzen, so daß aber immer der Hausvater die führende Stellung behielt.

Dabei war in Rom die Entwickelung eine andere bezüglich der Ehefrau als hinsichtlich der Hauskinder.

a) Das spätere Recht hat mit der Ehe cum manu, bei welcher die Frau in der Gewalt ihres Ehemannes stand, völlig gebrochen. Dieses Institut kommt im justinianischen Rechte nicht mehr vor.

Die Ehegatten sind vielmehr grundsätzlich gleichberechtigt. Immerhin ist die Autorität des Mannes überwiegend.

In Deutschland ist die führende Stellung des Ehemannes in einigen Partikularrechten zu einer Art von Vormundschaft (mundium) verstärkt.

b) Bezüglich der Hauskinder erhielt sich auch im jüngsten römischen Rechte die civile potestas des Hausvaters. Sie wurde jedoch erheblich abgeschwächt.

Viel weiter ging in der Minderung der Gewalt das gemeine Recht.

---

3) Mannigfache Bedeutungen des Wortes „familia“ führt an Ulpianus libro 46 ad edictum l. 195 § 1 ff. D. de V. S. 50, 16; vgl. Bekker, Pand. Bd. 1 S. 77.

§ 2. Kognation und Agnation.

Für die Geschichte des römischen Rechtes ist von größter Bedeutung die Unterscheidung der civilen Verwandtschaft — der Agnation — und der natürlichen Verwandtschaft — der Kognation.

1. Agnaten sind im allgemeinen die durch den Mannesstamm verwandten.[1] Nach dem besonderen römischen Begriff trat man aber durch capitis deminutio aus der Agnatenfamilie. Dies bezog sich auch auf die nachher erzeugten Nachkommen des Minuirten.

Andererseits zählte zu den Agnaten, auch wer nicht Blutsverwandter, aber durch ein Rechtsgeschäft in die väterliche Gewalt eines Agnaten und damit in die Agnatenfamilie eingetreten war.

2. Kognaten oder Blutsverwandte sind die von einander oder von einem gemeinsamen Dritten abstammenden.[2]

Blutsverwandt sind die ehelichen Kinder mit ihrem Vater und ihrer Mutter und mit deren Verwandten. Die unehelichen Kinder gelten nur als verwandt mit der Mutter und mit deren Verwandten, nicht aber mit dem Erzeuger und mit dessen Verwandten.[3] [4]

Das älteste römische Recht beachtete einzig die Agnation, also die Verwandtschaft durch den Mannesstamm. Auf der Agnation beruhte namentlich die gesetzliche Erbfolge ausschließlich.

Darin lag ein wichtiges wirthschaftliches und politisches Princip. Die Vermögen blieben in der Familie desselben Namens, sie gelangten nicht an die Verwandten durch Weiber.

---

1) Die maßgebende Definition der Agnation stammt von Gaj. Inst. III § 10: Vocantur autem agnati qui legitima cognatione juncti sunt: legitima autem cognatio est ea, quae per virilis sexus personas conjungitur: itaque eodem patre nati fratres agnati sibi sunt, qui etiam consanguinei vocantur, nec requiritur an etiam matrem eandem habuerint. item patruus fratris filio et invicem is illi agnatus est. Diese Definition geben wieder § 1 J. de legitima adgn. tut. 3, 2 und andere Stellen des corpus juris. Der Grundbegriff der Agnation ist im deutschen Rechte derselbe wie im römischen. Nur zählen nach römischem Rechte auch die Frauen, welche durch den Mannesstamm verwandt sind, zu den Agnaten. Dies ist dem deutschen Rechte fremd. Die capitis deminutio hat selbstverständlich für den deutschrechtlichen Agnationsbegriff keine Bedeutung. Endlich tritt man in Deutschland durch Adoption nicht in die Agnatenfamilie des Adoptivvaters ein.

2) l. 1 § 1 D. unde cognati 38, 8. Ulpianus libro 46 ad edictum: Cognati autem appellati sunt quasi ex uno nati aut, ut Labeo ait, quasi commune nascendi initium habuerint.

3) l. 2, l. 8 D. unde cognati 38, 8.

4) Als Blutsverwandte — cognati — galten übrigens auch die in die Agnatenfamilie eingetretenen Nichtverwandten. Denn man stellte das Axiom auf, daß der Agnat nothwendig auch als Kognat anzusehen sei, l. 1 § 4 D. unde cognati 38, 8. Mit dem Austritte aus dem Agnatenverbande hörte die durch die Adoption begründete Kognation auf, l. 3 D. eod.

Es war dies eine streng aristokratische Ordnung, welche die Erhaltung der Güter in den Familien sicherte.

Das klassische römische Recht berücksichtigte auch die Kognation, und schließlich kam der humane, antiaristokratische Gedanke zur ausschließlichen Geltung, daß sich im Rechte und namentlich bezüglich der gesetzlichen Erbfolge alle Blutsverwandte gleichstehen, so daß die Agnation kein Vorrecht giebt.

§ 3. Unterscheidungen unter den Verwandten.

Natürlicherweise ergeben sich zwei Hauptgruppen:[1]

1. *Verwandte in gerader Linie* sind der Erzeuger und seine unmittelbaren und mittelbaren Nachkommen. Nach dem Bilde eines Stammbaumes spricht man von Ascendenten und Descendenten, indem man vom Ahnherrn zu den Nachkommen herunterstеigt.

Die Römer nennen die Ascendenten parentes und die Descendenten liberi, ohne Unterschied, ob die letzteren mittelbare oder unmittelbare Abkömmlinge sind.[2] Der deutsche Sprachgebrauch ist geneigt, als Eltern und Kinder nur die unmittelbaren Erzeuger und Nachkommen zu bezeichnen. Zwar kommt auch vor, daß man unter Kindern entferntere Descendenten und unter Eltern entferntere Ascendenten versteht. Diese Auslegung hat aber nur einzutreten, wenn sie durch besondere Umstände unterstützt wird.

2. *Seitenverwandte* sind die von einem gemeinsamen Dritten abstammenden. Die nächsten sind die Geschwister. Geschwister, welche *beide* Eltern gemeinsam haben, nennt man *vollbürtige* — germani — diejenigen, welche nur *einen Parens* gemeinsam haben, *halbbürtige*.

Geschwister, die den Vater gemeinsam haben, heißen consanguinei, mögen sie nun von derselben Mutter oder von verschiedenen Müttern geboren sein; solche, die nur die Mutter gemeinsam haben, sind uterini.

Agnat ist man stets nur in *einer* Agnatenfamilie; Kognat kann man in verschiedenen Kognatenfamilien sein. Der Agnat unseres Agnaten ist auch unser Agnat, der Kognat unseres Kognaten muß keineswegs nothwendig zugleich unser Kognat sein.[3]

---

1) l. 1 § 1 D. de gradibus 38, 10.

2) l. 220 de D. de V. S. 50, 16. Callistratus libro 2 quaestionum „Liberorum“ appellatione nepotes et pronepotes ceterique qui ex his descendunt, continentur. l. 51 D. eod.

3) Bekker, Pandekten Bd. 1 S. 193.

Die Nähe der Verwandtschaft wird nach Graden gemessen. Die römische und die kanonische Berechnung — computatio — ist dabei verschieden.

a) Die römische geht nach dem Satze „soviel Grade als dazwischenliegende Zeugungen".[4] Hiernach sind, was die gerade Linie anlangt, die unmittelbaren Eltern mit ihren Kindern im ersten, die Enkel mit den Großeltern im zweiten, die Urenkel mit den Urgroßeltern im dritten Grade verwandt; und was die Seitenlinie betrifft, die Geschwister mit einander im zweiten, Oheim und Tante mit Neffe und Nichte im dritten, Geschwisterkinder mit einander im vierten Grade verwandt.

b) Die kanonische Komputation[5] weicht in der geraden Linie nicht von der römischen ab, wohl aber in der Seitenlinie. Denn sie zählt nur bis zum gemeinsamen Stammvater hinauf, nicht wie die römische durch den gemeinsamen Stammvater hindurch. Geschwister also sind kanonisch im ersten Grade verwandt. Sind die Seiten ungleich, so bestimmt die längere den Verwandtschaftsgrad. Nach kanonischem Rechte sind daher Oheim und Neffe im zweiten Grade mit einander verwandt, nicht anders als Geschwisterkinder.

Die römische Komputation ist die gemeinrechtliche. Sie liegt auch der Reichsgesetzgebung zu Grunde.

§ 4. Die Verschwägerung.[1]

Der gemeine Sprachgebrauch versteht unter Verwandten auch Verschwägerte — adfines —. Die Rechtsstellung der Verschwägerten ist aber von derjenigen wahrer Verwandter — Blutsverwandter — verschieden.

Insbesondere steht den Verschwägerten nicht wie den Blutsverwandten ein gesetzliches Erbrecht zu. Die Verschwägerung hat vorzugsweise Bedeutung als Ehehinderniß, ferner hinsichtlich des Rechtes als Richter oder als Zeuge in den Rechtssachen des Verschwägerten thätig zu sein.

Verschwägert sind dem Gatten die Blutsverwandten seines Ehegatten.[2] Die Verwandten von Ehegatten sind nicht mit einander verschwägert.

---

4) § 1 ff. I. de gradibus cognationis 3, 6.

5) Vgl. die bei Glück Bd. 23 S. 176 angeführten Stellen. Die kanonische Berechnung beruht auf germanischen Auffassungen.

1) Glück Bd. 23 S. 211; Bekker, Pandekten Bd. 1 S. 194.

2) l. 4 § 3 D. de gradibus et adfinibus 38, 10... adfines sunt viri et uxoris cognati.

Die Beziehung des Ehegatten zu den Descendenten seines Ehegatten von einem anderen Gatten bezeichnet der deutsche Sprachgebrauch besonders als Stiefverwandtschaft. Sie unterscheidet sich aber von anderen Arten der Verschwägerung im Rechtssinne nicht.

Verschwägerung entsteht durch den Abschluß einer rechtsgültigen Ehe.[3] Nach kanonischem Rechte wurde sie durch Konkumbenz begründet, ohne Unterschied, ob die Konkumbenten-Ehegatten waren oder nicht.[4] Dies ist aber nicht gemeinrechtlich.[5]

Die Schwägerschaft endigt nach römischem Rechte mit der Auflösung der sie begründenden Ehe.[6] Nach deutscher Auffassung ist dies nicht anzunehmen.[7] Dagegen entsteht keine Verschwägerung des geschiedenen Ehegatten mit den nach der Ehescheidung erzeugten Blutsverwandten des anderen Theiles.[8]

---

3) l. 4 § 8 D. h. t. 38, 10. Aus dem bloßen Verlöbniß entsteht noch keine Affinität, § 9 I. de nuptiis 1. 10. Das Verhältniß der Verlobten wird im weiteren Sinne als „adfinitas“ bezeichnet l. 8 D. de condictione causa data 12, 4, l. 38 § 1 D. de usuris 22, 1. Uebrigens sah man sich in Rom veranlaßt, bezüglich der Ehehindernisse auch „serviles adfinitates“ anzuerkennen, l. 14 § 3 D. de ritu nuptiarum 23, 2, ferner außereheliche Geschlechtsverbindungen, l. 4 C. de nuptiis 5, 4.

4) Vgl. die bei Schulte, Lehrbuch des Kirchenrechts § 168 Anm. 6 citirten Stellen. Die dort angeführte Glosse definirt „est affinitas personarum proximitas ex coitu proveniens“.

5) Die Römer zählten keine Grade der Affinität, wohl aber geschah dies durch das kanonische Recht, so daß der Grad der Blutsverwandtschaft mit dem Ehegatten auch den Grad der Affinität mit dessen Gatten bestimmt.

6) l. 3 § 1 D. de postulando 3, 1. Ein Ehehinderniß bildete aber die ehemalige Affinität auch nachdem die Ehe, auf der sie beruhte, aufgelöst war, § 6 J. de nuptiis 1, 10.

7) Nach den Reichsgesetzen ist im Civilprozeß Schwägerschaft des Richters oder Gerichtsschreibers mit dem Gegner Grund zur Ablehnung der betreffenden Gerichtsperson und im Strafprozeß Verschwägerung mit dem Angeklagten Grund der Ausschließung als Richter, Schöffe Gerichtsschreiber, Geschworener; ferner bildet sie einen Grund zur Verweigerung des Zeugnisses im Civil- und im Strafprozesse. Durchweg bestimmen die Reichsgesetze, daß ihre Vorschriften auch eintreten, „wenn die Ehe, durch welche die Schwägerschaft begründet ist, nicht mehr besteht“. Hierin ist keineswegs eine Singularität zu sehen, sondern die Anerkennung eines Principes, welches derzeit allgemeine Geltung hat. Vgl. Entsch. des R.G. in Strafsachen Bd. 5 S. 200.

8) Das ältere kanonische Recht betrachtete außer der einfachen Affinität — primi gradus — als Ehehinderniß auch die affinitas secundi und tertii gradus, d. h. die Beziehung des Ehegatten zu den Affinen seines verstorbenen Ehegatten und weiter zu deren Affinen. Allein Innocenz der Dritte hob auf dem vierten Lateranischen Koncil dies Ehehinderniß auf, cap. 8 X. de eo qui cognov. 4, 14. Schulte, Kirchenrecht § 168 Anm. 11.

Zweiter Abschnitt.

Das Eherecht.

Erstes Kapitel.

Das Wesen der Ehe.

§ 5. Begriff der Ehe. Staat und Kirche.

Ehe ist die rechtlich anerkannte vollkommene Lebensgemeinschaft eines Mannes und einer Frau.[1]

Der Ehe liegt das natürliche Verhältniß der Geschlechter und die Nothwendigkeit ihrer Vereinigung behufs der Erhaltung der Menschheit zu Grunde. Aber es wird zur Ehe erst durch das Recht. Eine Ehe entsteht nur, wenn deren rechtliche Voraussetzungen vorhanden und wenn die Formen, welche das Recht fordert, gewahrt sind. Nur dann treten die Rechtsfolgen einer Ehe ein, namentlich die bedeutendste, die Legitimität der durch die Verbindung erzeugten Kinder und der Eintritt dieser Kinder in die väterliche Gewalt ihres Erzeugers.

Die Ehe ist also Rechtsinstitut. Ja, sie ist das wichtigste aller privatrechtlichen Institute, da sie die Grundlage der Organisation der bürgerlichen Gesellschaft bildet.[2]

Im Mittelalter ordnete freilich der Staat, noch nicht gereift und nicht im vollen Bewußtsein seiner Aufgaben, das persönliche Eherecht völlig den Satzungen der Kirche unter.

Die Ehe bildet nach katholischem Dogma ein Sakrament. Das kanonische Recht stellte daher feste Regeln über Eingehung und Auflösung der Ehe auf, behandelte die Ehesachen als geistliche Sachen und nahm die Gerichtsbarkeit über Ehesachen ausschließlich für die geistlichen Oberen in Anspruch.[3] Dies alles galt dem mittelalterlichen Staate unbedingt als maßgebend.

---

1) l. 1 D. de ritu nuptiarum 23, 2. Modestinus libro 1 regularum: Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio.

2) Savigny Bd. 1 S. 346 führt aus, „daß die juristische Seite des Wesens der Ehe gerade die geringere sei, indem die wichtigere einem ganz anderen Gebiete als dem des Rechtes angehöre". Dies wurde unendlich oft wiederholt. Mit Recht hat hiergegen Brinz 1. Aufl. Bd. 2 S. 1207 Einspruch erhoben.

3) Vgl. namentlich concilium Tridentinum sessio XXIV „de sacramento matrimonii". Schulte, Lehrbuch des Kirchenrechts § 155 und dort citirte.

Die Reformation verwarf zwar die Auffassung der Ehe als Sakrament und erkannte deren weltlichen Charakter an. Dennoch behielt die protestantische Kirche zunächst entscheidenden Einfluß auf die Gestaltung des ehelichen Personenrechts.[4] Im Anschluß an ihre Auffassungen entstand ein gemeines protestantisches Eherecht,[5] welches nicht bloß auf Protestanten, sondern auch auf andere Akatholiken anwendbar wurde.[6]

Dem jetzigen Staatsrechte gilt die Ehegesetzgebung und die Jurisdiktion in Ehesachen ausschließlich als Sache des Staates. Von diesem Gedanken geht das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 über die Beurkundung des Personenstandes und über die Eheschließung aus. Dasselbe hat:

a) die Eingehung der Ehe unabhängig von der Mitwirkung der Kirche staatlich geregelt.

b) Es fordert, daß über Ehesachen nur die staatlichen Gerichte mit verbindlicher Kraft für den Staat entscheiden.

§ 6. Die persönliche Stellung der Ehegatten.

Nach altem römischen Rechte hatte der Ehemann eine eheherrliche Gewalt über die Ehefrau, so daß ihr Vermögen in dem seinen aufging, ihr Erwerb ihm gehörte, ihre Person seinem Rechte über Tod und Leben unterstand.[1]

---

4) Ueber das protestantische Eherecht vgl. namentlich Scheurl, das gemeine deutsche Eherecht 1881.

5) Die Existenz eines gemeinen protestantischen Ehescheidungsrechtes nimmt namentlich das R.G. Bd. 1 S. 326 und a. a. O. an. In jener Entscheidung spricht es zunächst für das hessische Eherecht aus: „Ein besonderes kurhessisches Eherecht auszubilden, haben die ehemaligen hessischen Konsistorien und Gerichte niemals beabsichtigt. Sie waren stets bestrebt, mit Wahrung des Principes des protestantischen Eherechtes den Anforderungen der Zeit und des Lebens gerecht zu werden." Nicht anders war es in den anderen protestantischen Staaten, insbesondere auch in Mecklenburg. Gegen die Behandlungsweise des Reichsgerichtes hat sich Gerhard Buchka, das mecklenburgische Ehescheidungsrecht 1885 erklärt. Uebrigens wird auch hier anerkannt, daß in den mecklenburgischen Scheidungsurtheilen die Bezugnahme auf „das gemeine protestantische Kirchenrecht" beziehungsweise das „gemeine Eherecht" nichts seltenes ist. Gleichwohl behauptet auch Schulte, Lehrbuch des Kirchenrechts § 156: „daß es ein gemeines protestantisches Kirchenrecht weder gegeben hat, noch giebt".

6) Das protestantische Eherecht findet insbesondere auch bei Ehen der Juden Anwendung, R.G. Bd. 5 S. 177. Bei Ehen zwischen Katholiken und Akatholiken ist wenigstens grundsätzlich für jeden Theil das persönliche Eherecht seiner Konfession maßgebend. R.G. Bd. 12 S. 235.

1) Daß manus und Ehe ursprünglich identisch waren, halte ich für zweifellos. Ein besonderes Argument hierfür ist, daß dann, wenn ein filiusfamilias verheirathet war, die manus dem Haussohne und nicht seinem Vater zugeschrieben wurde, Gajus II § 159. Dies hat namentlich Brinz Bd. 2 S. 1208 hervorgehoben. Auf die Erscheinung einer manus fiduciae causa, welche offenbar nichts ursprüngliches war,

Das jüngste römische Recht hat mit der Manus völlig gebrochen. Hier giebt es keine eheherrliche Gewalt mehr. Es ist eine Verkennung des historischen Ganges der Dinge, wenn man dies neuerdings geleugnet hat und behauptete, daß auch bei der s. g. freien Ehe eine Gewalt des Ehemannes über die Frau, wenn auch schwächerer Art als bei der alten Manusehe, existire.[2]

Die Ehegatten stehen vielmehr in gegenseitiger, rechtlich anerkannter Abhängigkeit; der Ehemann aber hat die Führung der ehelichen Gemeinschaft.

Dies tritt in folgenden Sätzen hervor:

1. Die Ehefrau nimmt den Namen und den Stand des Ehemannes an. Sie behält denselben auch nach Auflösung der Ehe bis zu etwaiger Wiederverheirathung.[3]

2. Sie theilt im Rechtssinne das Domizil des Ehemannes,[4] auch wenn sie thatsächlich ihren Wohnort anderswo haben sollte. Sie hat ihm zu folgen. Dies selbst, wenn er das Domizil verlegt, sofern ihr nicht besondere Gründe zur Seite stehen.[5]

Der Ehemann hat das interdictum de uxore exhibenda et ducenda gegen Dritte, welche ihm die Frau vorenthalten, und dies auch gegen den Vater der Frau oder deren Mutter.[6]

Gegen die Frau hat der Mann nach römischem Rechte kein Klagerecht, um sie zum gemeinsamen Leben zu zwingen. Wohl aber steht nach gemeinem Rechte jedem Theile eine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens zu.[7] [8]

---

vgl. Gajus I. § 114, kann zur Bestimmung des Grundcharakters der manus kein Gewicht gelegt werden.

2) Brinz Bd. 2 S. 121.

3) l. 13 C. de dignitatibus 12, 1.

4) l. 65 D. de judiciis 5, 1, l. 38 § 3 D. ad munic. 50, 1.

5) Die Frau kann nicht angehalten werden, mit ihrem Manne vagabundirend umherzuziehen. Wenn ihn aber Beruf oder andere gerechte Zwecke nöthigen, seinen Aufenthalt öfter zu wechseln, so hat sie ihm zu folgen. Mit dem Manne auch in fremde Lande zu ziehen, ist die Frau keineswegs unter allen Umständen rechtlich verpflichtet. Hat der Vertrag unter den Ehegatten Geltung, wonach der Mann das ursprüngliche Domicil nicht ohne Zustimmung der Frau verlegen darf? Die Praxis hält solche Verträge überwiegend für gültig, obgleich man sie von rein theoretischem Standpunkte als gegen das Wesen der Ehe gehend beanstandet. Doch werden sie nur mit der Einschränkung anzuerkennen sein, daß in der That berechtigte Interessen der Frau obwalten, z. B. wenn der Mann „beim Weibe einfreit", welche ein Geschäft hat, dem er vorstehen soll. Der Vertrag ist nicht bindend, wenn Veränderungen der Umstände die Verlegung des Domicils räthlich machen. Vgl. Pfeiffer, praktische Ausführungen Bd. 5 S. 98.

6) l. 2 D. de liberis exhibendis 43, 30, l. 11 C. de nuptiis 5, 4.

7) Windscheid Bd. 2 § 490 Anm. 2.

8) Vgl. C.P.O. §§ 568 und 774 Abs. 2, R.G. Bd. 6 S. 149, Bd. 5 S. 165, Bd. 15 S. 188.

3. Die Ehefrau erwirbt dem Manne durch ihre häuslichen und gemeinen Dienste.[9] Selbständiger gewerblicher oder künstlerischer Erwerb dagegen gehört ihr.

4. Nach gemeinrechtlicher Gewohnheit ist der Ehemann zur Alimentirung seiner Frau verbunden.[10]

Die väterliche Gewalt über die Tochter erlosch nach römischem Rechte nicht durch deren Verheirathung. Dies ist aber nach gemeinem Rechte der Fall. Dagegen steht die Frau, wenn sie minderjährig ist, trotz ihrer Verheirathung unter Vormundschaft.

Zweites Kapitel.

Eingehung und Auflösung der Ehe.[1]

§ 7. Verlöbniß.

Verlöbniß — sponsalia — nennt man das gegenseitige Versprechen künftiger Ehe.[2 3]

Y. Erfordernisse sind der von beiden Seiten erklärte Wille,[4] die Handlungsfähigkeit der Verlobten im allgemeinen[5] und deren Fähigkeit,

---

9) l. 48 pr. D. de operis libertorum 38, 1. Es ist dies gemeine Praxis.

10) Ein klagbarer Anspruch der Frau gegen den Mann auf standesmäßigen Unterhalt wird von Theorie — Windscheid Bd. 2 § 491 — und Praxis anerkannt, obgleich er sich aus den römischen Quellen nicht begründen läßt.

1) Die Lehre von der Eingehung und Auflösung der Ehe wird meist nicht in den Pandekten, sondern im Kirchenrecht behandelt. Hierfür bestehen historische Gründe. Das heutige Recht kommt aber hierdurch in ein schiefes Licht. Eine gedrängte Behandlung ist zudem kaum zu entbehren, wenn eine Totalanschauung des wichtigen Institutes der Ehe gewonnen werden soll.

2) l. 1 D. de sponsalibus 23, 1. Florentinus libro 3 institutionum: Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum. Mommsen ad h. l. liest statt „mentio“ „conventio“. Was soll aber die repromissio noch außer der conventio! Mentio deutet wohl auf die Werbung, welche durch Botschaft des Freiwerbers zu geschehen pflegte, und repromissio auf die Zusage der Braut beziehungsweise des Brautvaters. Ueber andere Erklärungen siehe Glück Bd. 22 S. 377.

3) Nach kanonischem Rechte unterschied man sponsalia de futuro — Verlöbniß — und sponsalia de praesenti — die Ehe.

4) Die Verlobung muß eine bestimmte Person betreffen. Aeußert jemand zu drei Schwestern den Willen, eine von ihnen zu heirathen, so entsteht kein Verlöbniß, auch wenn eine oder alle das Jawort geben. Glück Bd. 22 S. 444.

5) Die Bestimmung der l. 14 D. de sponsalibus 23, 1, wonach Kinder vom 7. Jahre an gültig verlobt werden konnten, wurde durch das kanonische Recht fest-

wenigstens künftig die Ehe mit einander einzugehen,[6] endlich der Konsens der Eltern und Vormünder, sofern deren Einwilligung zum Abschlusse der Ehe gesetzlich einzuholen ist.[7]

1. Ein wichtiges Problem ist die Frage der Form. Vieles spricht dafür, durch eine bestimmte Form das ernste Verlöbniß von bloßem Getändel abzuheben. Wo aber das Gesetz eine Form verlangt, welche keinen festen Halt in der Volkssitte hat, werden die Formvorschriften bei Verlöbnissen, die auf Vertrauen beruhen, leicht unbeachtet bleiben.

In Rom geschahen die Verlöbnisse formlos;[8] sie sind es nach gemeinem Rechte geblieben. Dagegen war die Beobachtung von Formen alte deutsche Rechtssitte und ist noch jetzt vielfach in Partikularrechten Bedingung der Rechtsgültigkeit.[9] Doch auch im Gebiete dieser Rechte sind formlose Verlöbnisse häufig und bilden enge soziale und ethische Verhältnisse im Begriff der Verlobten und nach der öffentlichen Meinung. Soweit die Reichsgesetzgebung auf Verlöbnisse Bezug nimmt, sind daher solche formlose Verlöbnisse mitbetroffen.[10]

2. Die Hauptfrage des Verlöbnißrechtes ist, ob und inwieweit die Erfüllung des Verlöbnisses staatlich erzwungen wird, und ob ein Entschädigungsanspruch aus dem Bruche des Verlöbnisses erwächst?

In dieser Hinsicht ist die Grundanschauung des römischen und des heutigen Rechtes verschieden.

Das klassische römische Recht verwarf jeden Zwang zur Vollziehung der Ehe[11] und gewährte dem verlassenen Theile auch keine Entschädigungsansprüche. Ja man erklärte sogar die auf den Bruch des Verlöbnisses gesetzte Konventionalstrafe, als gegen die guten Sitten verstoßend, für nichtig.[12] Denn die Ehe sollte Sache völlig freien Entschlusses sein.

Gleichwohl ließ man später die Bekräftigung der Verlöbnisse durch

---

gehalten, cap. 4 X. de desponsatione impuberum 4, 2. Sie wird aber gleichwohl von manchen nicht ohne Grund für unpraktisch erachtet. Siehe Glück a. a. O. S. 419 Anm. 98.

6) l. 9, l. 14, l. 16 D. de spons. 23, 1.

7) Dies Princip spricht die l. 7 § 1 D. de sponsalibus 23, 1 aus. In Rom war hiernach der Konsens des paterfamilias der Verlobten nöthig. Derzeit ist das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 29 maßgebend.

8) l. 4 pr. § 1, l. 7 pr. D. de sponsalibus 23, 1.

9) Ueber die Geschichte des deutschen Verlöbnisses besteht eine reiche Litteratur. Vgl. namentlich Sohm, Eheschließung 1875; Friedberg, Verlobung und Trauung 1876, und Sohm, Trauung und Verlobung 1876.

10) Auf Verlöbnisse nimmt unter anderem Bezug: Strafgesetzbuch § 52 Abs. 2 und § 247, ferner Strafprozeßordnung § 51 Ziff. 1, § 57. Vgl. R.G in Strafsachen Bd. 10 S. 117.

11) l. 1 C. de sponsalibus 5, 1.

12) l. 134 pr. D. de V. O. 45, 1, l. 2 C. de inutilibus stipulationibus 8, 38.

Arra zu. Der Geber der Arra, welcher an dem Nichtzustandekommen des Verlöbnisses die Schuld hatte, verlor sie, der Empfänger in Schuld hatte sie in doppeltem Betrage zu restituiren.[13] Die Strafe des Doppelten ist dem gemeinen Rechte fremd.

Das gemeine Recht geht davon aus, daß der Rücktritt vom Verlöbniß nur aus guten Gründen zulässig sei.[14] Der ohne solche Gründe Verlassene erhält gemäß kanonischen Rechtes[15] die actio matrimonialis oder ex sponsu.

Sie erstrebte nach altem gemeinen Rechte die zwangsweise Abschließung der Ehe, wobei man selbst vor einer Zwangskopulation nicht zurückschreckte.[16]

Derzeit führt sie äußerstenfalls nur zur Entschädigung des grundlos Verlassenen.[17]

3. Geschenke unter Verlobten sind zurückzuerstatten, wenn die Ehe nicht zu Stande kommt.[18]

Geschenke an die Braut verbleiben jedoch der Braut, sowie ihren Erben zur Hälfte, wenn das Verlöbniß durch den Tod eines der Verlobten vereitelt wird. Dies galt in Rom nur für Verlöbnisse, die durch einen Kuß besiegelt waren;[19] gemeinrechtlich gilt es für alle Verlöbnisse.[20]

---

13) l. 5 C. de sponsalibus 5, 1.

14) Scheurl a. a. O. S. 386.

15) Vgl. die bei Schulte, Lehrbuch § 157 Anm. 15 angeführten Stellen.

16) Böhmer, jus eccl. prot. tom. III L. IV T. I § 54, berichtet von einer Zwangskopulation, bei welcher „der Verurtheilte sein Jawort nicht geben wollen, sondern sich vielmehr mit dem Bauch zur Erden gelegt und seinen Widerwillen beharrlich konteſtiret". Es wurde gleichwohl fortgefahren und sein Konsens supplirt. Auch Exekutivstrafen durch Geld und Gefängniß kamen vor.

17) Als das angemessene ist anzusehen: Erstens es findet kein Zwang zur Eingehung der Ehe statt; zweitens, wer schuldhafterweise ein Verlöbniß bricht, hat den unschuldigen Theil schadlos zu halten. Dabei ist es billig, nicht bloß vergebliche Auslagen, welche der Kläger in Folge des Verlöbnisses aufgewendet hat, und die geminderte Aussicht der verlassenen Braut auf eheliche Versorgung in Betracht zu ziehen, sondern auch Genugthuung zu geben für den Kummer und die Schande, welche dem Verlassenen durch den Bruch des Verlöbnisses erwächst. Einer solchen Lösung neigt das gemeine Recht zu, ohne sie principiell zu proklamiren. Direkt auf Entschädigung kann der Verlobte nämlich nur klagen, wenn sich der Beklagte durch eine Heirath in die Unmöglichkeit versetzt hat, die Ehe mit dem Kläger zu schließen. Hiervon abgesehen, läßt man nur Klage auf Abschluß der Ehe zu, wozu sich der klagende Verlobte seinerseits bereit erklären muß. Wenn dann der Beklagte die Ehe ablehnt, kommt es auch in diesem Falle zur Verurtheilung auf Entschädigung. Diese selbst wird nicht selten kärglich bemessen. Richtig ist nur, daß der Gewinn, welcher dem Kläger durch Erbschaften im Falle der Ehe mit dem Beklagten möglicherweise zugekommen wäre, nicht in Betracht gezogen wird. Etwaige Konventionalstrafen auf den Fall des Bruches des Verlöbnisses sind heutzutage klagbar, wenn der Promittent am Bruch des Verlöbnisses schuld ist, dagegen sind sie auch heute ohne Kraft, wenn der Promittent aus guten Gründen zurücktrat.

18) l. 16 C. de donationibus ante nuptias 5, 3.

19) Warum soviel Gewicht auf einen bloßen Kuß legen! Viele nehmen an,

§ 8. Die Form der Eheschließung.

Dem römischen Rechte genügte zur Eingehung der Ehe der Ehekonsens, d. h. der beiderseits erklärte Wille in den Ehestand zu treten. An eine Form war die Erklärung nicht gebunden, wenn auch meist die Ehe unter Feierlichkeiten eingegangen wurde. Die Einführung der Braut in das Haus des abwesenden Bräutigams als Hausfrau war daher zum Abschluß der Ehe ausreichend.[1]

Der bloße Ehekonsens reichte auch nach älterem kanonischen Rechte aus.[2]

Erst das tridentinische Koncil schrieb eine Form vor, nämlich die Erklärung der Eheschließung durch die Verlobten vor dem eigenen Pfarrer eines derselben und vor zwei Zeugen. In ähnlicher Weise verlangte die Sitte bei den Protestanten die Kopulation durch den Pfarrer.[3]

Das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 verweltlichte die Form. Hiernach ist wesentlich die persönliche Erklärung des Willens, sich mit einander zu verehelichen, durch die Nupturienten vor dem Standesbeamten in Gegenwart von zwei Zeugen und die mündliche Konstatirung des Eheschlusses durch den Standesbeamten.[4 5]

---

in Spanien habe ein besonderes Recht bezüglich des Kusses bestanden, welches in der citirten, an den vicarius Hispaniarum erlassenen Verordnung Anerkennung fände. So namentlich Spangenberg, Erörterungen I n. 9 und im Archiv für civ. Praxis Bd. 12 S. 269; Arndts 13. Aufl. § 413 Anm. 2. Es scheint aber, wie aus dem römisch-syrischen Rechtsbuch von Bruns und Sachau S 269 hervorgeht, in der antiken Welt allgemein ein Unterschied bestanden zu haben zwischen Verlobungen, bei welchen sich die Verlobten nicht früher als bei der Hochzeit kennen lernten, und Verlöbnissen, welche persönlich abgeschlossen wurden und die natürlich dann auch durch einen Kuß besiegelt wurden. Solche Verlöbnisse, bei welchen sich die Verlobten menschlich nahe getreten waren, hatten natürlich eine andere Bedeutung als die ersteren.

20) Die deutsche Praxis hat nie den Beweis des Kusses unter den Verlobten gefordert, den Kuß vielmehr „präsumirt".

1) l. 15 D. de condit. et dem. 35, 1. Ulpianus libro 35 ad Sabinum: Cui fuerit sub hac condicione legatum „si in familia nupsisset" videtur impleta condicio statim atque ducta est uxor quamvis nondum in cubiculum mariti venerit, nuptias enim non concubitus, sed consensus facit l. 5—7 D. de ritu nuptiarum 23, 2. Hasse, Güterrecht S. 96; Scheurl a. a. O. S. 40.

2) Vgl. Schulte, Lehrbuch des Kirchenrechts § 159. Bloßer Konsens genügt der katholischen Kirche noch heute für die Eheschließung in Territorien, in denen das Tridentinum nicht publicirt ist; zum Theil auch bei gemischten Ehen.

3) conc. Trident. sessio XXIV cap. 1. Hinreichend ist jede — bewußte — Assistenz des Pfarrers, auch wenn sie erzwungen sein sollte.

4) Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 52. Keine Bedingung der Gültigkeit ist, daß der Standesbeamte der zuständige war. Es ist aber nothwendig, daß er innerhalb seines Amtsdistriktes fungirte. Wesentlich ist die Zuziehung von 2 Zeugen, welche fähig sind, das Verhandelte zu beobachten und zu verstehen. Sie sollen

§ 9. Die sachlichen Erfordernisse der Eheschließung.

Die sachlichen Erfordernisse der Eheschließung sind von verschiedener Bedeutung.

a) Einige sind wesentlich; ihr Fehlen bildet daher ein *trennendes* Hinderniß — impedimentum dirimens — d. h. die anscheinende Ehe ist *nicht rechtsbeständig* und daher richterlich zu trennen. Andere bilden nur *aufschiebende* Hindernisse — i. impediens tantum —, welche die Nupturienten und den Standesbeamten an der Vollziehung des Eheschlusses hindern, eine demungeachtet abgeschlossene Ehe aber nicht in Frage stellen.

b) Die trennenden Hindernisse sind wiederum von verschiedener Wirkung. Denn einige entspringen *direkt* dem *öffentlichen Interesse*. Sie begründen die *Nichtigkeitsklage*, durch welche der Staatsanwalt die Nichtigkeitserklärung der Ehe und die Trennung der Ehegatten betreiben kann. Andere gelten nur als *Privatsache* des Verletzten, welchem die *Ungültigkeitsklage* gegen die Ehe zusteht.[1]

Sachliche Erfordernisse der Ehe sind freier Wille der Nupturienten, die Einwilligung der konsensberechtigten Eltern und Vormünder, endlich Fähigkeit der Nupturienten, mit einander eine Ehe einzugehen — connubium der Römer.

1. Unerläßlich ist der *freie Ehekonsens* willensfähiger Nupturienten.

Hiernach ist die Eheschließung durch einen Geisteskranken, welcher die Tragweite dieses Aktes nicht erkennen kann, ungültig.

Irrthum ferner über die Person des anderen Theiles und über wesentliche Eigenschaften desselben,[2] nach protestantischem Rechte auch

---

nach dem Gesetze großjährig sein; gesetzliche Bedingung der Geltung des Aktes ist die Großjährigkeit der Zeugen aber nicht. Ein Aufgebot hat vorauszugehen; Bedingung der Geltung der Ehe ist auch dies nicht.

5) Unzulässig ist Abschließung der Ehe unter Bedingungen oder unter Zeitbestimmungen.

1) Die Eintheilung der Ehehindernisse in aufschiebende und trennende und die weitere in öffentliche und in private ist in der gemeinrechtlichen Wissenschaft hergebracht. Vgl. Uihlein im Archiv für civ. Praxis Bd. 14 n. 2. Dagegen war die Unterscheidung einer *Nichtigkeitsklage* und einer *Ungültigkeitsklage* dem gemeinen Rechte fremd. Sie ist in die C.P.O. §§ 568 ff. aus dem preußischen A.L.R. übergegangen.

2) Nach katholischem Kirchenrechte ist wesentlich nur der Irrthum in der Person selbst und der error qualitatis in personam redundans, d. h. über Eigenschaften, welche die Individualität feststellen. Vgl. Leonhard, Irrthum S. 411 und dort citirte. Nach der protestantischen Praxis kommt in Betracht Irrthum über solche Eigenschaften, welche regelmäßig den Konsens bedingen. Keinenfalls aber bloßer error fortunae, d. h. über die Vermögensumstände des Verlobten.

Betrug, welcher den Willen gefangen nahm,[3] Zwang[4] und endlich Simulation[5] hindern die Ehe.

Alle diese Hindernisse sind trennende, aber private.[5a]

2. Bezüglich des Rechtes von Eltern und Vormündern zum Ehekonsens sind die Rechtsauffassungen sehr verschiedene gewesen.

In Rom galt die Zustimmung des Hausvaters zur Ehe seiner Hauskinder als unerläßlich. Ohne dieselbe war die Ehe nichtig.[6] Weigerte der Hausvater seine Einwilligung mit Unrecht, so konnte er zu deren Ertheilung von der Obrigkeit gezwungen werden.[7]

Ganz anders das kanonische Recht. Dies sieht in der Einholung des Konsenses der Eltern zwar eine Pflicht der Pietät, aber die Ehe als Sakrament wird durch die Nupturienten auch ohne die elterliche Zustimmung unauflöslich geschlossen.[8]

Das protestantische Kirchenrecht[9] betonte die Nothwendigkeit der Einwilligung der Eltern schärfer. Ehe ohne Zustimmung des Hausvaters ist hiernach ungültig.

Das Reichsrecht endlich verlangt für Söhne bis zur Vollendung des 25., für Töchter bis zur Vollendung des 24. Lebensjahres den Konsens des Vaters, in Ermangelung eines Vaters denjenigen der Mutter. Minderjährige bedürfen auch des Konsenses des Vormundes.[10] Ueber die Geltung einer ohne Konsens geschlossenen Ehe bestehen reichsrechtliche Normen nicht. Das frühere Recht muß aushelfen.

Hiernach ist das Hinderniß bei Katholiken nur ein aufschiebendes; bei Akatholiken ist Mangel des Konsenses des Hausvaters ein trennendes Hinderniß. Derselbe hat die Ungültigkeitsklage.

---

3) R.G. Bd. 5 S. 177.

4) Ueber Zwang vgl. oben Bd. 1 § 103 Anm. 21. Das kanonische Recht stimmt im wesentlichen mit dem römischen überein.

5) Siehe oben Bd. 1 § 100 Anm. 7.

5a) R.G. Bd. 9 S. 220. Die Ungültigkeitsklage kann — wenigstens wenn die Ehe wegen Geistesschwäche angefochten wird — vom Kurator des Geisteskranken erhoben werden.

6) pr. I. de nuptiis 1, 10.

7) l. 19 D. de ritu nuptiarum 23, 2 verb. „coguntur in matrimonium collocare et dotare". Richterliche Ergänzung des väterlichen Ehekonsenses trat in Rom nicht ein, sondern prätorischer Zwang gegen den Hausvater zur Ertheilung.

8) conc. Tridentinum sess. XIV cap. 1: sancta synodus anathemate damnat, qui falso affirmant matrimonia a filiisfamilias sine consensu parentum contracta irrita esse.

9) Ueber das protestantische Kirchenrecht, welches jedoch nach manchen Richtungen hin unsicher ist, vgl. Scheurl a. a. O. S. 165.

10) Reichsgesetz §§ 29 ff.

Im Falle grundloser Verweigerung des Konsenses durch die Eltern haben großjährige Kinder die Klage auf richterliche Ergänzung.[11]

3. Persönliche Unfähigkeit, eine Ehe überhaupt oder mit einer gewissen Person zu schließen, besteht in folgenden Fällen:

a) So lange sie nicht aufgelöst oder für ungültig oder nichtig erklärt ist, hindert eine *frühere Ehe* eine neue mit einer anderen Person.[12]

b) *Ehemündigkeit* ist zur Eheschließung nothwendig.

Dieselbe begann nach römischem Rechte mit dem vollendeten 14. Lebensjahre bei Männern und mit dem vollendeten 12. bei Weibern;[13] ebenso nach kanonischem Rechte.[14] Nach Reichsrecht tritt die Ehemündigkeit bei Männern mit dem vollendeten 20. und bei Weibern mit dem vollendeten 16. Lebensjahre ein. Dispensation ist zulässig.[15] Das Hinderniß ist ein trennendes, aber privates.

c) Nach römischem Rechte war wegen *Verwandtschaft* die Ehe zwischen Ascendenten und Descendenten verboten, ferner mit Geschwistern und deren Abkömmlingen.[16] Wegen Verschwägerung war namentlich die Ehe zwischen den Personen untersagt, unter denen eine Art von Eltern- und Kinderverhältniß stattfindet, also zwischen Schwiegereltern und Schwiegerkindern, Stiefeltern und Stiefkindern.[17][18] Viel weiter ging das kanonische Recht.[19] Das Reichsrecht hält die engsten Grenzen ein. Verboten ist die Ehe zwischen Ascendenten und Descendenten sowie unter Geschwistern, ferner zwischen Stiefeltern und

---

11) Reichsgesetz § 32.

12) Reichsgesetz § 32. Die meisten Schriftsteller nehmen an, daß das Bestehen einer älteren aber nichtigen oder ungültigen Ehe kein trennendes Ehehinderniß sei, trotzdem daß die Eingehung der neuen Ehe in solchem Falle strafgesetzlich als Bigamie behandelt wird.

13) pr. I. de nuptiis 1, 10, l. 4 D. de ritu nuptiarum 23, 2.

14) Das kanonische Recht läßt Dispensation von der Altersgrenze zu und erkennt auch die Ehe von jüngeren Personen im Falle des Nachweises der Geschlechtsreife an, vgl. Schulte, Lehrbuch § 163.

15) Reichsgesetz § 28 Abs. 2.

16) §§ 1 ff. I. de nuptiis 1, 10, l. 17 C. cod. 5, 4.

17) §§ 6 ff. I. de nuptiis 1, 10.

18) Vgl. ferner l. 5 C. de incestis nuptiis 5, 5: Fratris uxorem ducendi vel duabus sororibus conjungendi penitus licentiam submovemus, nec dissoluto quocumque modo conjugio.

19) Ueber das kanonische Recht vgl. Schulte, Lehrbuch §§ 167 ff. Das Ehehinderniß wegen Verwandtschaft betrifft Ehen unter Ascendenten und Descendenten ohne Unterschied des Grades und in der Seitenlinie — gemäß der Beschränkungen des lateranischen Koncils von 1215 — bis zum 4. Grade kanonischer Komputation. Die legitime Affinität ist Hinderniß bis zum 4., die illegitime — aus außerehelicher Geschlechtsgemeinschaft — bis zum 2. Grade einschließlich.

Stiefkindern, Schwiegereltern und Schwiegerkindern jeden Grades. Es macht keinen Unterschied, ob die Verwandtschaft oder Schwägerschaft auf ehelicher oder unehelicher Geburt beruht.[20]

Das Hinderniß ist ein öffentliches, trennendes.

d) Die Ehe ist verboten zwischen Adoptiveltern und Adoptivkindern, solange das Adoptivverhältniß dauert,[21]

e) endlich zwischen dem wegen Ehebruches Geschiedenen und seinem Mitschuldigen, vorausgesetzt daß dessen Person aus dem Scheidungsurtheil erhellt. Dispensation ist zulässig. Dies Hinderniß ist ein öffentliches, trennendes.[22]

Nach römischem Rechte war die Ehe zwischen dem Vormund oder dessen Kindern mit dem Mündel während der Dauer der Vormundschaft nichtig.[23] Nach Reichsrecht liegt hierin nur ein aufschiebendes Ehehinderniß.[24]

§ 10. Aufhebung der Ehe.

Die Ehe als lebenslängliche Gemeinschaft erlischt normaler Weise nur durch den Tod eines der Ehegatten. Die gerichtliche Todeserklärung hat dieselbe Bedeutung wie der nachgewiesene Tod.[1]

Die Ehescheidung ist eine der wichtigsten socialen und legislativen Probleme. Soll der lebenslängliche Bestand der Ehe bloß durch die freie Gesinnung der Eheleute getragen oder durch rechtlichen Zwang gesichert werden?

In Rom war die Ehe durch privaten Entschluß lösbar, und zwar nicht bloß mittels Uebereinstimmung — divortium —, sondern auch einseitig — durch repudium.[2] — Wer aber die Scheidung verschuldete, verfiel in Strafe. Ursprünglich trafen ihn nur private Vermögensnachtheile zu Gunsten des unschuldigen Theiles;[3] in der christlichen Kaiserzeit gesellten sich hierzu schwere öffentliche Strafen.[4]

Die katholische Kirche trat hierzu in schroffen Gegensatz. Ihr gilt die

20) Reichsgesetz § 33 Ziff. 3.

21) Reichsgesetz § 33 Ziff. 4. Das Hinderniß ist ein trennendes, jedoch wohl nur ein privates. Ein direktes öffentliches Interesse waltet bei demselben schwerlich.

22) Reichsgesetz § 33 Ziff. 5.

23) l. 59, l. 60, l. 62 D. de ritu nuptiarum 23, 2.

24) Reichsgesetz § 37.

1) Näheres oben Bd. 1 § 51.

2) l. 2 D. de divortiis 24, 2.

3) Ulpiani fragmenta tit. VI §§ 12 und 13.

4) Das nähere gehört in die Rechtsgeschichte. Vgl. namentlich die Novelle 97 cap. 11 und 13.

leiblich vollzogene Ehe zwischen Christen für unauflöslich; nur dauernde Trennung von Tisch und Bett durch den Eherichter ist in Fällen des Ehebruches zulässig.[5] Reichsgesetzlich ist jedoch auch für Katholiken an die Stelle der Trennung von Tisch und Bett Ehescheidung durch den Civilrichter getreten.[6] Auf Grund der evangelischen Lehre bildete sich ein gemeines Ehescheidungsrecht für Nichtkatholiken aus.[7] Nach demselben hat der Richter auf Klage des verletzten Theiles[8] die Ehescheidung wegen folgender Gründe durch Urtheil auszusprechen:

a) Ehebruch.[9]

b) Bösliche Verlassung.[10]

c) Sonstiges schweres Verschulden des Gatten, welches dem anderen das eheliche Zusammenleben unthunlich macht.[11]

Unverschuldete Vorgänge sind keine Ehescheidungsgründe, wenn sie auch die eheliche Gemeinschaft hindern.[12] Verzeihung schließt den Anspruch auf Ehescheidung aus.

---

5) Die Auflösung des „matrimonium ratum, sed non consummatum", d. h. der Ehe, bei welcher Geschlechtsgemeinschaft der Ehegatten noch nicht erfolgt ist, kann durch päpstliche Dispensation, sowie durch Eintritt in einen päpstlicherseits approbirten Orden geschehen. Ist von zwei nichtchristlichen Eheleuten der eine Christ geworden, so kann dieser auch bei Lebzeiten des nichtchristlichen Theiles eine neue Ehe schließen, falls derselbe die Ehe nicht fortsetzen will oder falls die Fortsetzung der Ehe das Seelenheil des zum Christenthum übergetretenen gefährden würde. Vgl. Schulte, Lehrbuch § 172 und § 188.

6) Reichsgesetz § 77 Abs. 1. Es gilt dies auch für Ausländer, wenn die Ehescheidungsklage bei einem Gerichte des deutschen Reiches anhängig wird, R.G. Bd. 3 S. 27.

7) Vgl. oben Bd. 3 § 5. Ueber die Geschichte des protestantischen Ehescheidungsrechtes vgl. Scheurl a. a. O. S. 291.

8) Der Vormund des geisteskranken Ehegatten kann die Scheidungsklage nicht anstellen. Das Recht auf Scheidung ist ein höchstpersönliches, l. 4 D. de divortiis 24, 2. R.G. Bd. 6 S. 157.

9) Ueber die Erfordernisse des Ehebruches nach kanonischem und nach protestantischem Rechte vgl. R.G. Bd. 9 S. 189. Eigener Ehebruch macht des Rechtes verlustig, wegen des Ehebruches des anderen Theiles Scheidung zu fordern, s. g. Kompensation.

10) Die bösliche Verlassung setzt voraus, daß sich der Desertor an einen unbekannten oder dem Gerichte nicht erreichbaren Ort begiebt und daß er sich beharrlich von dem anderen Theile fernhält, R.G. Bd. 15 S. 203.

11) Als Ehescheidungsgrund gilt zuvörderst lebenslängliche Zuchthausstrafe, ferner nach weiterer Rechtsentwickelung auch „sonstige langwierige und entehrende Freiheitsstrafe", R.G. Bd. 1 S. 324, Bd. 9 S. 403. Ferner gelten Mißhandlungen als Ehescheidungsgrund, wenn sie lebens- oder gesundheitsgefährlich waren. Gegenseitige unüberwindliche Abneigung genügt nicht. Zeitweilige Trennung der Ehegatten kann bei geringeren Verfehlungen richterlich verstattet werden.

12) Unverschuldete, wenn auch dauernde Krankheit kann natürlich nicht als Ehescheidungsgrund angesehen werden. Ob aber nicht wenigstens unheilbarer Wahnsinn? Darüber hat die Praxis geschwankt. Neuerdings hat das R.G. Bd. 7 S. 154 all-

Drittes Kapitel.

Das eheliche Güterrecht.

I. Das Allgemeine.

§ 11. Das System der Gütertrennung.

Die Ehegatten sind nach justinianischem Rechte bezüglich ihrer Vermögen gleichberechtigt. Jeder Theil verfügt selbständig über sein Vermögen,[1] die Handlungsfähigkeit der Ehefrau wird durch die Eheschließung nicht berührt.

Die Gatten schließen daher wie Fremde mit einander Rechtsgeschäfte ab: z. B. Verkäufe, Vermiethungen, Darlehnsgeschäfte. Schenkungen unter Ehegatten sind aber verboten und nichtig.

Auch mit einander Prozesse führen können die Ehegatten. Infamirende Klagen wurden jedoch in Rom verweigert. Geschah ein Diebstahl zwischen Ehegatten, so waren die Diebstahlsklagen nicht zulässig. Hatte aber einer dem anderen etwas mit Rücksicht auf künftige Scheidung entwendet, so gab man dem Bestohlenen eine eigene Klage zur Rückerlangung des Entwendeten, die actio rerum amotarum, welche die Natur einer condictio furtiva ohne deren Namen an sich trug.[2] Da heutzutage der Name der Klage nichts wesentliches mehr ist, so ist dies bedeutungslos geworden.

Die Schroffheit des Systems der Trennung der Vermögen der Ehegatten kann zwar dadurch gemildert werden, daß der Ehegatte von Seiten der Frau eine Dos erhält, welche den Ehekosten bestimmt ist. Damit aber etwas Dos werde, bedarf es eines besonderen hierauf abzielenden Rechtsgeschäftes.

Das römische eheliche Güterrecht ist nur in einigen Theilen Deutschlands recipirt.[3] Ueberwiegend gilt vielmehr entweder Verwaltungs-

---

gemein verneint, daß unverschuldeter Wahnsinn eines Ehegatten für den anderen Theil einen Ehescheidungsgrund abgebe, weil die Ehescheidung Verschulden des Gatten voraussetze. Aber es giebt Arten der Geisteskrankheit, welche das Zusammenleben für immer nothwendig aufheben. Dann ist die Ehe in Wahrheit durch höheren Rathschluß zerrissen wie durch den Tod. Ist es dann nicht eine bloße Fiktion, noch von einer Ehe zu reden?

1) l. 8 C. de pactis conv. 5, 14 ... nullo modo muliere prohibente virum in paraphernis volumus se immiscere.

2) l. 1, l. 2 D. de actione rerum amotarum 25, 2.

3) Ueber das Geltungsgebiet des römischen Dotalrechtes vgl. Neubauer, das in

gemeinschaft, so daß die Vermögen der Gatten zwar getrennt bleiben, aber die Verwaltung eine gemeinsame, vorzugsweise dem Ehemanne zustehende ist, oder allgemeine Gütergemeinschaft, bei welcher die Vermögen selbst gemeinsam werden, und die Verwaltung eine gemeinsame, vorzugsweise dem Manne zustehende ist.

Man hat behauptet, auch in den Territorien, in welchen das Dotalsystem recipirt wurde, sei gemäß deutscher Rechtsauffassung alles, was die Frau in die Ehe bringe, stillschweigend als Dos aufzufassen.[4] Gewiß mit Unrecht. Das wäre nicht das römische System, sondern dessen Gegentheil. Das römische eheliche Güterrecht beruht auf dem Grundsatze, daß die Vermögen der Ehegatten getrennt bleiben und daß durch besondere Bestimmung festzusetzen ist, was dem Ehemanne seitens der Frau zu den Kosten der Ehe zukommt, so daß alles andere ihr Paraphernalvermögen ist. Nach jener Behauptung würde sich dies umdrehen. Es würde nur das als Paraphernalvermögen gelten, was sich die Frau besonders vorbehielte.

Die Folgen wären ungerechtfertigt und würden unter anderem darin bestehen, daß die schuldige Frau ihr ganzes Vermögen, weil es als Dos behandelt würde, im Falle der Ehescheidung an den Mann als Ehescheidungsstrafe verlöre.

§ 12. Paraphernen. Mucianische Präsumtion.

Vermögen der Frau, welches nicht Dos ist, nennt man Paraphernen.

Ueberlassung der Verwaltung dieses Vermögens an den Ehemann bildet ein Mandat. Der Mann unterliegt daher bei derselben den Anweisungen der Frau und ihrem Widerruf. Besonderheiten dieses Mandates sind nur, daß der Mann bloß für culpa in concreto ein-

---

Deutschland geltende eheliche Güterrecht 1878. Das Dotalrecht als gemeines Recht zu behandeln, kommt auf eine Fiktion heraus. Doch geschieht dies meist, vgl. Windscheid Bd. 2 § 491 Anm. 3. Dagegen F. Rathmann, über das eheliche Güterrecht nach heutigem gemeinen Rechte in Deutschland 1859.

4) So Windscheid Bd. 2 § 495 Anm. 13. Er führt aus: „An diesem Punkte muß verwerthet werden der durch die Geschichte des deutschen ehelichen Vermögensrechtes hinlänglich bezeugte Zug des deutschen Rechtsbewußtseins nach einer Ausprägung der Einheit der Ehegatten auch in der Gestaltung ihrer Vermögensverhältnisse. Der allgemeinste Inhalt dieses Zuges ist, daß das Vermögen der Ehegatten in der Hand des Hauptes der Familie, des Mannes, vereint sein und durch denselben den Zwecken der Ehe dienstbar gemacht werden soll: die gemeinrechtliche Rechtsform zur Befriedigung dieses Zuges aber ist das römische Dotalrecht." Das wäre nimmer das römische Dotalrecht, sondern ein principiell verschiedenes Recht. Solche Verquickung kann nur schädlich sein. Gegen Windscheid vgl. u. a. Bechmann in Bekkers Jahrbuch Bd. 5 n. 14; ferner Seuffert, Archiv Bd. 32 n. 55 und 56.

ſteht, nicht wie der gewöhnliche Mandatar für jede leichte Verſchuldung, und daß der Frau an ſeinem Vermögen ein geſetzliches Pfandrecht zugeſtanden wurde.[1]

Auf Grund der Mucianiſchen Präſumtion gelten in Streitfällen die Vermögensobjekte, welche in den Händen eines der Ehegatten ſind, als dem Ehemanne gehörig, ſoweit die Frau nicht ihr Eigenthum nachweiſen kann.[2]

II. Die Dos.[1]

§ 13. 1. Begriff und Weſen.

Der Ehemann hat als das Haupt der Familie die Koſten der Ehe zu tragen, d. h. die ſtandesmäßigen Auslagen für die Erhaltung der Frau und für die Erziehung der Kinder. Es liegt ſehr nahe, daß ihm ſeitens der Frau, ſeiner Genoſſin, ein Beitrag hierzu gewährt wird.

Dies iſt die Dos, ein ſeitens der Frau dem Manne zur Beſtreitung der ehelichen Koſten zugewendetes Vermögen, welches in der Regel der Frau nach Endigung der Ehe zu erſtatten iſt.

Im allgemeinen iſt hervorzuheben:

1. Meiſt ſteuert der Vater oder der väterliche Großvater die Tochter mit der Dos aus, aber ſie kann auch von der Frau ſelbſt oder von Dritten herrühren. Hieran knüpft ſich die Haupteintheilung der Dos.

---

1) l. 11 § 2 C. de pactis conventis 5, 14.

2) l. 51 D. de donat. i. v. et u. 24, 1. Pomponius libro 5 ad Quintum Mucium: Quintus Mucius ait, cum in controversiam venit, unde ad mulierem quid pervenerit, et verius et honestius est quod non demonstratur unde habeat existimari a viro... ad eam pervenisse. evitandi autem turpis quaestus gratia circa uxorem hoc videtur Quintus Mucius probasse. Der Grund, den Pomponius unterſtellt — Verhütung eines ſchändlichen Gewerbes — iſt ein erniedrigender und würde die Präſumtion gegenüber der großen Zahl der ehrbaren Frauen zu einer Beleidigung machen. Der Satz iſt in der That tiefer begründet und zwar darin, daß in der Regel der Mann es iſt, welcher das Vermögen, von dem die Ehegatten leben und das ſie beſitzen, erwirbt. Manche wollen die Präſumtion auf den Fall beſchränken, daß zuvörderſt feſtſtehe, daß der Erwerb während der Ehe vollzogen ſei. Hierfür ſcheint l. 6 C. de donat. i. v. et u. 5, 16 zu ſprechen. Doch dieſes Reſkript formulirt die Regel mit Rückſicht auf den ſpeciellen entſchiedenen Fall zu eng. Würde man allgemein zur Anwendung der Präſumtion fordern, daß der Mann erſt den Beweis des Erwerbes während der Ehe führe, ſo wäre ſie nahezu werthlos. Vgl. Tenge im Archiv für civ. Praxis Bd. 45 n. 13.

1) Tit. Dig. de jure dotium 23, 3, Cod. 5, 12: Haſſe, das Güterrecht der Ehegatten 1. Band 1824, unvollendet; Bechmann, das römiſche Dotalrecht 1. Abtheilung 1863, 2. Abtheilung 1867; Czyhlarz, das römiſche Dotalrecht 1870; Brinz, Pandekten, behandelt die einſchlägigen Lehren in Aufl. 1 Bd. 2 S. 1227.

a) Die vom Vater oder väterlichen Großvater der Frau aus seinem Vermögen bestellte Dos heißt profecticia. Sie beruht auf dem Verhältniß des Vaters zur Tochter; väterliche Gewalt ist nichts wesentliches.[2]

b) Die nicht vom väterlichen Ascendenten bestellte Dos heißt adventicia, mag sie nun von der Frau oder von Dritten kommen.[3]

c) Besonderer Art ist die dos recepticia, bei welcher der Besteller sich selbst die Rückerstattung der Dos ausbedingt, so daß sie der Frau nach Auflösung der Ehe nicht gebührt.[4]

2. Der wesentliche Zweck der Dos ist, einen Fonds zu bilden, aus welchem die ehelichen Kosten bestritten werden.

Dies ist die gemeine Meinung, welche auch den Quellen entspricht.[5] Doch hat sie neuerdings Opposition gefunden. Bestreitung der Ehelasten sei zwar der gewöhnliche, aber nicht der nothwendige, nur der wirthschaftliche, aber nicht der juristische Zweck der Dos.[6] Unter den hierfür angeführten Gründen scheint der wichtig, daß Verträge anerkannt wurden, wonach die Dos während der Ehe nicht eingeklagt werden darf. Wie kann eine erst nach der Ehe fällige Dos zu den Kosten der Ehe beitragen? Doch die Zulassung solcher Verträge geschah, weil sie gehässige Prozesse zwischen dem Manne und dem Schwiegervater oder der Frau abschneiden. Geschuldet ist die Dos in solchem Falle trotzdem während der Ehe, wenn auch nur naturaliter. So erklärt sich denn auch die Ungültigkeit von Dotalversprechen, welche von vornherein auf die Zeit nach der Ehe gestellt sind.[7] Der Klage-

---

2) Den Begriff der dos profecticia entwickelt l. 5 D. h. t. 23, 3. Ulpianus libro 31 ad Sabinum. Vgl. namentlich § 11: Si pater pro filia emancipata dotem dederit, profecticiam nihilominus dotem esse nemini dubium est quia non jus potestatis, sed parentis nomen profecticiam facit: sed ita demum si ut parens dederit: ceterum, si cum deberet filiae, voluntate ejus dedit, adventicia dos est.

3) Ulpian fragm. VI § 3. Dos aut profecticia dicitur, id est quam pater mulieris dedit aut adventicia, id est ea quae a quovis alio data est.

4) Ulpian fragmenta VI § 5: adventicia autem dos semper penes maritum remanet praeterquam si is qui dedit, ut sibi redderetur, stipulatus fuerit, quae dos specialiter recepticia dicitur, l. 31 § 2 D. de mortis causa don. 39, 6.

5) l. 76 D. h. t. 23, 3: „nisi matrimonii oneribus serviat dos nulla est". l. 56 § 1 D. h. t. 23, 3. Vgl. l. 66 D. pro socio 17, 2.

6) Bechmann a. a. O. S. 24. Dagegen Czyhlarz a. a. O. S. 9. Brinz, Bd. 2 S. 1228.

7) l. 20 D. h. t. 23, 3. Paulus libro 7 ad Sabinum: Julianus scribit valere talem stipulationem „cum morieris dotis nomine tot dari?" quia et pacisci soleant ne a viva exhibeatur, quod non esse simile accepi: aliud est enim differre exactionem, aliud ab initio in id tempus stipulari, quo matrimonium futurum non sit, idque et Aristoni et Neratio et Pomponio placet. Vgl. l. 76 D. eod.

zwang kann wohl während der Ehe ausgeschlossen, aber die Verbindlichkeit als solche nicht auf die Zeit nach der Ehe gestellt sein.

Den Kosten der Ehe zu dienen, ist allerdings nicht der einzige Zweck der Dos. Sie wird namentlich Scheidungsstrafe in Fällen der Scheidung durch Schuld der Frau.

3. Die Dotirung enthält keine Schenkung an den Mann, denn er hat dafür die Kosten der Ehe zu tragen.[8]

Wohl aber ist es Schenkung an die Frau, wenn jemand, ohne hierzu verpflichtet zu sein, für sie eine Dos bestellt, es sei denn, daß er sich die Rückgabe nach Endigung der Ehe ausbedingt. Immerhin hat die Dotierung besondere Gunst. Um deswillen ist die gerichtliche Insinuation für die Dosbestellung erlassen, auch wenn sie eine große Schenkung bildet.[9]

§ 14. 2. Die Geschichte des römischen Dotalrechtes.[1]

Die Geschichte des römischen Dotalrechtes zeigt drei Hauptstadien, in welchen sich die rechtliche Lage der Frau dem allgemeinen Gange der Entwickelung entsprechend stetig verbesserte.

1. In der ältesten Zeit erhielt der römische Ehemann die Dos zum dauernden Eigenthume,[2 3] und es bestand keinerlei Klagerecht der Frau auf deren Rückgabe nach Auflösung der Ehe.

---

8) l. 19 D. de obl. et act. 44, 7. Julianus libro 73 Digestorum: Ex promissione dotis non videtur lucrativa causa esse sed quodammodo creditor aut emptor intellegitur qui dotem petit l. 5 § 5 D. de doli mali exceptione 44, 4, l. 8 § 13 D. q. m. pignus solvitur 20, 6. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam: Quodsi in dotem dederit, vendidisse in hoc casu recte videtur propter onera matrimonii. Siehe jedoch auch Bechmann S. 198, ferner Czyhlarz a. a. O. S. 54.

9) l. 31 C. h. t. 5, 12. Die Schenkung an die Frau perficirt sich freilich nur, wenn die Frau die Liberalität auch ihrerseits annimmt. Gegen die Auffassung, daß in der Dosbestellung eine Schenkung an die Frau liege, hat sich Bechmann a. a. O. S. 211 erklärt; für dieselbe Czyhlarz a. a. O. S. 65, Brinz a. a. O. S. 1241.

1) Ueber die Geschichte der Dos vgl. Dernburg Kompensation S. 96; Bechmann a. a. O. S. 33; Czyhlarz S. 32; Gide du caractère de la dot, ein Anhang zu dessen von Esmein herausgegebenen Werk Etude sur la condition privée de la femme Paris 1885. Voigt glaubt in seiner 1866 veröffentlichten Festschrift eine lex Maenia de dote vom Jahre 568 entdeckt zu haben. Siehe auch Arndts civ. Schriften Bd. 1 S. 442. Sie ist ein Fabelwesen. Vgl. Czyhlarz a. a. O. S. 2.

2) l. 1 D. h. t. 23, 3. Paulus libro 14 ad Sabinum: Dotis causa perpetua est, et cum voto ejus qui dat ita contrahitur, ut semper apud maritum sit. Vgl. Bechmann a. a. O. S. 17.

3) Dotirung war natürlich auch bei der Ehe cum manu im Gebrauch, wenn der Vater seine Tochter verheirathete. Begab sich eine Frau sui juris in eine

Allerdings betrachtete man auch damals in der römischen Gesellschaft die Dos als Frauengut — res uxoria. Doch diese Auffassung hatte noch keinen unmittelbaren Einfluß auf das Recht. Wohl aber wurde es in Folge dessen herkömmlich und galt als Anstandspflicht, daß der Ehemann auf den Fall seines Todes der überlebenden Frau die Dos oder Aequivalente derselben testamentarisch vermachte.[4] Scheidungen ferner wurden nach alter Sitte vom Ehemanne nicht ohne Befragung eines Familienrathes vorgenommen.[5] Dieser befand naturgemäß, falls er die Scheidung billigte, zugleich auch darüber, ob und inwieweit der Frau ihre Dos zurückzuerstatten sei — ein Gutachten, welches den Mann zwar nicht rechtlich verband, dem er sich aber thatsächlich nicht leicht entziehen konnte.

2. Mit der Lockerung der Sitten nahmen seit dem sechsten Jahrhundert der Stadt die frivolen Ehescheidungen überhand.

Nunmehr kamen cautiones rei uxoriae auf, wodurch sich der Mann bei Eingehung der Ehe zur Rückerstattung der Dos für den Fall der Ehescheidung verpflichtete. Ferner aber ertheilte fortan der Prätor ediktmäßig der Frau die actio rei uxoriae zunächst in Fällen der Ehescheidung,[6] dann auch des Vorversterbens des Ehemannes.[7] Der vom Prätor ernannte arbiter hatte dieselbe Aufgabe wie der vor Zeiten vom Ehemanne berufene Familienrath. Denn die Klageformel wies ihn an, der Frau von ihrer Dos zuzusprechen, was gut und billig

---

Ehe cum manu, so war zwar ihr Vermögen von Rechtswegen Eigenthum des Mannes und von wahrer Dos nicht die Rede, doch erhielt die Frau nach ähnlichen Grundsätzen wie bei wahrer Dos nach Auflösung der Ehe einen Rückforderungsanspruch. Vgl. Cicero Topica cap. 4 § 23.

4) Ueber die bezüglichen Vermächtnisse siehe Tit. Dig. de dote praelegata 33, 4 a. a. O. S. 465; Esmein, in seinen Mélanges d'histoire du droit. Paris 1868. „Le testament du mari et la donatio ante nuptias".

5) Nach Valerius Maximus II 9 § 2 wurde L. Antonius im Jahre 446 der Stadt aus dem Senate gestoßen, weil er sich von seiner Frau schied „nullo amicorum in consilium adhibito".

6) Gellius noctes atticae VI cap. 3: memoriae traditum est quingentis fere annis post Romam conditam nullas rei uxoriae neque actiones neque cautiones in urbe Romana aut in Latio fuisse.

7) Nach dem Edikte „de alterutro" hatte die Frau nur die Wahl, ob sie die ihr von ihrem Manne gemachten letztwilligen Zuwendungen, oder ob sie die actio rei uxoriae beanspruchen wolle, l. un. § 3 a. C. de rei uxoriae a. tollenda 5, 13, l. 7 pr. C. Theodosiani de testamentis 4, 4; Czyhlarz a. a. O. S. 476. Das Edikt bezog sich auf alle letztwilligen Zuwendungen des Mannes an die Frau, also auch auf solche, welche keinen Bezug auf die Dos hatten. Mit Recht bemerkt Esmein mélanges a. a. O., daß der Grundgedanke war, die Frau müsse wählen zwischen dem alten Rechte, gemäß dessen der Ehemann testamentarisch ihre Stellung nach seinem Ermessen regelte, und dem neuen Rechte, welches ihr Rechtsansprüche auf Erstattung der Dos unabhängig von den Anordnungen ihres Mannes gewährte. Die actio rei uxoriae galt eben ursprünglich als etwas außerordentliches, als eine

sei. Er entschied hierüber mit freiestem Ermessen, wie ein Censor.[8][9] Das Klagerecht war ein außerordentliches, höchst persönliches der Frau. Auf ihre Erben ging es nur über, wenn die Dos bereits von ihr selbst eingefordert war.[10]

Starb die Frau in der Ehe, so behielt der Mann die Dos. Jedoch stellte sich fest, daß er die dos profecticia an den Besteller zu erstatten habe, wenn dieser seine Tochter überlebte.[11]

3. Die Ansprüche der Frau wurden durch die Gesetzgebung des Augustus konsolidirt.[12] Sie ohne Zweifel setzte die Abzüge von der Dos — retentiones — welche bisher der schuldigen Frau nach richterlicher Willkür gemacht waren, auf feste Quoten.[13] Sie hat ferner der Frau eine wesentliche Sicherung dadurch gewährt, daß die Veräußerung der zur Dos gegebenen italischen Immobilien verboten wurde.

Ueberhaupt ging der Zug der Kaiserzeit dahin, die Befugnisse

Hülfe für den Nothfall. Justinian hob das edictum de alterutro auf. Denn die von ihm gegebene Dotalklage hat einen ganz anderen Charakter als die actio rei uxoriae des vorjustinianischen Rechtes.

8) Gellius noctes atticae X cap. 23 referirt aus der Rede des älteren Cato „de dote" die Worte „vir cum divortium fecit mulieri judex pro censore est, si quid perverse tetreque factum est a muliere multatur. Voigt, lex Maenia S. 24 Anm. 31 erachtet hier den Ehemann als den judex. Die vorausgehenden Worte von Gellius: „Cato non solum existimatas, sed multatas quoque a judice mulieres refert" weisen, wie Voigt selbst fühlt, auf das Gegentheil hin.

9) Es sind uns die entscheidenden Worte der Formel „quod ejus aequius melius erit" überliefert, an welche sich der Kondemnationsbefehl schloß. Ihnen mögen etwa die Worte vorausgegangen sein „quod A^a A^a a N^o N^o dotem repetit. Die Rekonstruktion Lenels, edictum S. 242, lautet: si paret N^m N^m A^{ae} A^{ae} dotem partemve ejus reddere oportere quod ejus aequius melius erit condemna. Dies halte ich aus inneren und äußeren Gründen für unmöglich. Denn wenn dem Richter aufgegeben wird, zu untersuchen was der Mann der Frau zu leisten schuldig ist — oportet —, so ist es inkonsequent, daß er dann nicht hierauf verurtheilen soll, sondern auf das, was ihm gut dünkt. Lenel freilich hält es für unbegreiflich, daß die Formel der Dotalklage dem Richter den unbedingtesten Spielraum gelassen habe. Aber dies entspricht den Quellenzeugnissen. Das freieste Ermessen bestünde zudem auch nach der Formel Lenels. Die positive Regelung der Dotalabzüge steht nicht im Widerspruche, sie gehört erst der Kaiserzeit an. Wegen derartiger Weiterbildung pflegte man in Rom die überkommenen Formeln nicht zu ändern.

10) Ulpiani fragm. VI § 7. Vat. fragm. § 112.

11) Ulpiani fragm. Tit. VI § 4. Vat. fragm. § 108. l. 6 pr. D. h. t. 23, 3.

12) Vgl. Czyhlarz a. a. O. S. 335.

13) Ulpiani fragm. VI § 9: Retentiones ex dote fiunt aut propter liberos aut propter mores aut propter impensas aut propter res donatas aut propter res amotas. Abzüge propter liberos fanden statt, wenn die Frau die Schuld der Ehescheidung hatte. Sie betrugen ein Sechstheil für jedes Kind, jedoch nie mehr als drei Sechstel, die Abzüge propter mores setzten gleichfalls Schuld der Frau voraus, sie gingen im Falle des Ehebruches auf ein Sechstel, sonst auf ein Achtel der Dos. Der Ehemann, welcher sich gegen die Frau verfehlte, wurde dadurch bestraft, daß er die Dos zurückgeben mußte, ohne daß ihm die sonst gesetzlichen Rückzahlungstermine zu gute kamen.

der Frau bezüglich der Dos möglichst zu steigern. Der Einfluß der provinziellen Rechte ist hierbei unverkennbar.[14]

Insbesondere wurde es immer mehr Sitte, der Frau und ihren Erben beim Eheschluß durch besondere Stipulationen ein unverkürztes Recht auf die Dos zu verschaffen.

4. Hieran knüpfte Justinian. Er stellt die Frau von Rechtswegen so, wie wenn sie die günstigsten Eheverträge abgeschlossen hätte Nach dieser Vorstellung gewährt er ihr eine ordentliche und vererbliche actio tacita ex stipulatu an Stelle der außerordentlichen und höchstpersönlichen actio rei uxoriae.

Es ist also jetzt die Dos regelmäßig der Frau oder ihren Erben nach Auflösung der Ehe zurückzuerstatten. Sie verbleibt jedoch dem Manne, wenn die Frau die Schuld an der Scheidung der Ehe trägt.

Justinian begünstigt ferner die Frau durch gesetzliche privilegirte Pfandrechte, welche er dem hergebrachten Konkursprivilegium der Dotalklage hinzufügte. Dazu giebt er ihr außer der persönlichen Klage auf Rückerstattung eine Vindikation der noch existirenden Dotalsachen.

Hiernach ist der Ehemann auch im jüngsten Rechte Eigenthümer der Dotalsachen; doch materiell gehen seine Befugnisse nicht viel über die eines Nießbrauchers hinaus.

3. Die Begründung des Dotalverhältnisses.

§ 15. a. Die gesetzliche Dotationspflicht.

Der Ehemann hat keinen gesetzlichen Anspruch auf Dotation. Wohl ist ihm seine Frau, welche die Mittel dazu besitzt, zur Dosbestellung social — naturaliter — verbunden. Doch eine rechtliche Verbindlichkeit der Frau hierzu besteht nicht;[1] vielmehr ist es Sache der Gatten, dies unter sich zu ordnen.

Dagegen hat die Frau vor wie nach Abschluß der Ehe einen gesetzlichen Anspruch auf eine Dotation, d. h. auf Gewährung einer Dos an ihren Mann:[2]

---

14) In dem unter Kaiser Galba durch den Statthalter von Egypten erlassenen Edikte des Tiberius Julius Alexander erscheint die Dos ohne Zweifel nach dortigem Provinzialrechte nicht als Eigenthum des Ehemannes. Vgl. Bechmann a. a. O. S. 111. Ebenso war es nach griechischen Rechten, vgl. Schoemann, der attische Prozeß 1. Aufl. S. 419.

1) l. 32 § 2 D. de condictione indebiti 12, 6.

2) Die Klage steht also der Frau zu und nicht dem Manne, es sei ihm denn

a) gegen ihren Vater und väterlichen Großvater.[3] Die Verpflichtung ist nicht durch väterliche Gewalt bedingt.[4] Sie besteht zwar nicht, wenn die Tochter genügendes eigenes Vermögen zur Dosbestellung hat; aber auch dann gilt eine vom Vater bestellte Dos im Zweifel als aus dessen eigenem Vermögen und nicht aus dem Vermögen der Tochter gegeben, welches er verwaltet.[5]

b) Auch die Mutter ist in Fällen dringenden Bedürfnisses zur Dotation ihrer Tochter verbunden.[6] [7]

c) Nach kanonischem Rechte muß der Schwängerer die geschwächte Jungfrau heirathen und dotiren. Anstatt dessen fordert die gemeinrechtliche Praxis Heirath oder Dotirung.[8]

Die Dotationspflicht des Schwängerers ist von anderer Art als

---

die Forderung der Frau cedirt; die Bestellung der Dos hat aber an den Mann und nicht an die Frau zu geschehen.

3) Die Verpflichtung des Vaters, seine Tochter zu dotiren, war ursprünglich nur eine sociale; eine gesetzliche wurde sie erst in der Kaiserzeit, l. 19 D. de ritu nuptiarum 23, 2. Der Hergang dürfte folgender gewesen sein. Die lex Julia de maritandis ordinibus erklärte magistratischen Zwang für zulässig, wenn die Eltern ihre Kinder mit Unrecht am Heirathen hinderten. Die Interpretation erblickte ein derartiges Hinderniß schon darin, daß man der Tochter die übliche, den Verhältnissen entsprechende Dos nicht mitgab. Dies bestätigten Severus und Caracalla. Anders Czyhlarz S. 172 und dort citirte.

4) Da selbst die Mutter, wenn auch nur aus besonderen Gründen, zur Dosbestellung verbunden ist, so ist gewiß der Vater dotationspflichtig, auch wenn er nicht mehr Gewalthaber ist; vgl. auch l. 7 D. de dotis collatione 37, 7 und l. 7 C. de dotis promissione 5, 11.

5) l. 5 § 12 D. h. t. 23, 3, l. 7 C. de dotis promissione 5, 11.

6) l. 14 C. de dotis promissione jure dotium 5, 12. Diocletianus et Maximianus: Mater pro filia dotem dare non cogitur nisi ex magna et probabili vel lege specialiter expressa causa. Durch besondere Gesetzesbestimmung wurde die ketzerische Mutter verpflichtet, die orthodoxe Tochter zu dotiren. l. 19 § 3 C. de haereticis 1, 5. Dies ist nicht mehr praktischen Rechtens.

7) Die Verbindlichkeit der gesetzlich zur Dotation verbundenen Eltern ist eine höchst persönliche. Nur wenn die Klage bereits gegen sie erhoben war, sind deren Erben haftbar. Der Umfang der Dotationspflicht bemißt sich nach den Vermögensverhältnissen des Verpflichteten, sowie der Zahl der von ihm auszustattenden Kinder, auch die Verhältnisse des zu dotirenden Ehemannes kommen, wenn auch nur sekundär, in Betracht. Eine Verpflichtung zur erneuten Dotation — Redotation — ist im Falle des Ueberganges zu einer neuen Ehe dann anzunehmen, wenn die Tochter die früher ihre gegebene Dos nicht mehr hat, ohne daß ihr dolus oder culpa lata zur Last fällt.

8) l. X. de adulteriis 5, 16. Si seduxerit quis virginem nondum desponsatam dormieritque cum ea, dotabit eam et habebit uxorem. Dies entsprechend 2 Mos. XXII, 16, 17. Schon seit dem 15. Jahrhundert legte der Gerichtsgebrauch die Worte dahin aus „duc aut dota“. Alle geschlechtlich Unbescholtenen haben den Anspruch, seien sie nun als Jungfrauen oder Wittwen verführt. Gemeinrechtlich genügt Verführung auch wenn sich keine Schwangerschaft anschließt, doch fordern diese viele Partikularrechte. Die Klage hat den Charakter einer Schadensklage, sie steht nur der Geschwängerten selbst zu, geht aber auch gegen die Erben des Verführers. Vgl. Stobbe Bd. 3 § 204.

diejenige der Eltern. Denn diese Dotation ist an die Geschwächte selbst zu leisten. Sie ist ferner unabhängig davon, ob dieselbe eine Verheirathung in Aussicht hat und kann nicht zurückgefordert werden, wenn sie sich nicht verheirathen sollte.

§ 16. b. Die Dosbestellung.

1. Die Dos ist dem Ehemanne zu bestellen. Ihm kommt sie auch zu, wenn er in väterlicher Gewalt steht. Dann tritt sie aber als Adventizgut in den Nießbrauch und in die Verwaltung des Vaters und diesem liegt der Unterhalt des Hausstandes der Eheleute ob.[1]

Die Dos ist dem Manne auch dann bestellt, wenn deren Auszahlung auf seine Rechnung und nach seinem Willen an einen Dritten geschah, so daß dieser der Eigenthümer wird.

2. Bestellen kann die Dos jeder, also die Frau, ihre Eltern, Dritte. Man ist Besteller der Dos, auch wenn sie ein Anderer für uns leistet.

3. Gegenstand der Dos kann alles sein, was einen Vermögenswerth hat und übertragbar ist.

Dotalgegenstände sind namentlich körperliche Sachen, ferner dingliche Rechte an solchen, insbesondere Nießbrauchsrechte,[2] sei es, daß für den Ehemann ein Nießbrauch begründet oder daß ihm ein bestehender Nießbrauch der Ausübung nach übertragen wird, nicht minder Forderungen,[3] Autor- und andere Urheberrechte. Die Dotirung kann auch durch Verzichte, insbesondere durch Erlaß von Forderungen geschehen, die gegen den Mann bestanden.[4] Es können die gesammten Vermögensrechte des Bestellers, namentlich der Frau, zur Dos werden.[5 6]

---

1) Selbstverständlich wurde die Dos nach altem Rechte Eigenthum des Gewalthabers des Ehemannes. Nach justinianischem Rechte muß sie Adventizgut werden, soweit sie nicht a patre des Mannes kommt. Doch sind die Ansichten getheilt. Vgl. einerseits Bechmann a. a. O. Bd. 2 S. 45 und S. 283, andererseits Brinz a. a. O. S. 1 230.

2) l. 78 § 2 D. h. t. 23, 3. Auch durch Verzicht auf einen Ususfrukt des Dosbestellers an einem Grundstücke des Mannes kann die Dotirung geschehen. l. 78 pr. § 1 D. h. t. 23, 3.

3) l. 2 C. de obligationibus 4, 10.

4) l. 43 pr. § 1 D. h. t. 23, 3.

5) l. 72 pr. D. h. t. 23, 3. Hierin liegt keine Universalsuccession. Vielmehr bleibt der Besteller der Schuldner der Passiva des Vermögens und kann die zu deren Tilgung nöthigen Beträge zurückhalten.

6) Eine Dos kann auch der Art bestellt werden, daß man ein Legat zu Gunsten des Ehemannes, welcher der Erbe ist, ausschlägt oder auf eine Erbschaft zum Vortheil des Ehemannes, welcher Substitut oder Intestaterbe ist, verzichtet; l. 14 § 3 D. de fundo dotali 23, 5. Vorausgesetzt ist natürlich auch in diesen Fällen die Zustimmung des Mannes, dazu, daß das in Folge des Verzichtes ihm zufallende Dos sei.

Häufig geschieht das Einbringen unter einer Schätzung.[7] Diese wirkt in der Regel wie ein Verkauf;[8] daher spricht man von einer dos venditionis causa aestimata. Dabei gilt die Schätzungssumme statt des inferirten als das Dotalobjekt, und deren Betrag ist nach Auflösung der Ehe zu erstatten. Daraus folgt, daß dem Ehemanne die Abnutzung der inferirten Objekte und selbst die Gefahr ihres zufälligen Unterganges und Verderbes zur Last fällt, andererseits aber auch die Vortheile aus denselben verbleiben. Natürlich ist die Schätzung auch in anderem Sinne möglich, z. B. um eventuell die Höhe des Ersatzes zu bestimmen, falls der Ehemann schuldhafterweise die Dotalobjekte nicht restituiren sollte.[9]

4. Die Dotirung vollzieht sich

a) durch unmittelbare Uebereignung der Dotalobjekte — dotis datio — und sonstige direkte Zuwendung, z. B. durch Cession einer Forderung oder Erlaß einer solchen,

b) durch Versprechen. Dasselbe forderte in der klassischen Zeit entweder eine Stipulation oder eine Zusage des Bestellers — dictio — und deren Annahme.[10] Schon in der christlichen Kaiserzeit aber genügte formloser Vertrag — pollicitatio.[11 12]

---

7) Ueber die s. g. dos aestimata vgl. Bechmann a. a. O. S. 212; Czyhlarz a. a. O. S. 151 und in Lindes Zeitschrift n. F. Bd. 20 n. 1; Sternberg, Beiträge § 2.

8) Einerseits heißt es „aestimatio venditio est" l. 10 § 6 D. h. t. 23, 3 Ulpianus libro 34 ad Sabinum, vgl. l. 14 und l. 15 D. eod., l. 10 C. h. t. 5, 12; andererseits erfahren wir von Ulpian l. 16 D. eod., sie sei „non simplex venditio sed dotis causa". Deshalb ist unter anderem eine dem Sachwerthe der inferirten Sache nicht entsprechende Schätzung anfechtbar.

9) l. 50 D. soluto matrimonio 24, 3. Es kommt auch der Vertrag vor, daß entweder die Taxsumme oder die inferirte Sache zurückzuerstatten ist. Dann hat in der Regel der Mann als Schuldner nach den Grundsätzen der Alternativobligationen die Wahl. In diesem Falle trägt er zwar die Gefahr des zufälligen Unterganges der inferirten Dotalsachen, durch welchen die Obligation zur einfachen wird, aber nicht die der Abnutzung und der zufälligen Verschlechterung, denn er kann die eingebrachten Sachen, auch wenn sie abgenutzt oder zufällig verderbt sind, zurückgeben. Andere Konsequenzen ergeben sich, wenn der Frau das Wahlrecht zwischen den Sachen und der Schätzungssumme durch den Vertrag eingeräumt wird.

10) Ulpian fragm. VI. § 1. Dos aut datur aut dicitur aut promittitur § 2. Dotem dicere potest mulier, quae nuptura est et debitor mulieris, si jussu ejus dicat: item parens mulieris virilis sexus per virilem sexum cognatione junctus, velut pater avus paternus; dare promittere dotem omnes possunt. Die dotis dictio diente auch zum Schuldverlaß. Uebrigens ist sie vielfach dunkel. Die neueste Besprechung ist von Bernstein in den Festgaben der Berliner Juristen für Beseler 1885 S. 79 ff.

11) Nach l. 6 C. h. t. 5, 11 bedarf es „in pollicitatione rerum dotalium" der Stipulation nicht. Diese Pollicitation ist nicht, wie manche annehmen, ein einseitiges, nicht acceptirtes Versprechen im Sinne der l. 3 D. de pollicitationibus 50, 12, oben Bd. 2 § 9. Denn die Dosbestellung begründet Verpflichtungen auch des Mannes und ist daher ohne dessen Acceptation nicht zu vollziehen.

Mit dem Vertragsschluß ist der Mann dotirt. Denn sein Vermögen ist jetzt durch ein Forderungsrecht vermehrt. Die Auszahlung des Versprochenen ist Tilgung einer Schuld. Das Gezahlte wird aber Gegenstand der Dos.

Regelmäßig sind Dotalversprechen vom Eheschluß an fällig. Von da ab kann der Bestellter durch Mahnung in Verzug gesetzt werden. Auch ohne Mahnung werden Früchte und Zinsen mit dem Ablauf von zwei Jahren seit Abschluß der Ehe geschuldet.[13] [14]

5. Das seitens der Frau in die Ehe gebrachte ist nur Dos, wenn die Absicht der Betheiligten auf eine Dotirung ging. Mit ausdrücklichen Worten muß diese Absicht nicht erklärt sein.[15]

6. Der Bestellter der Dos haftet dem Manne wegen Eviktion der Dotalobjekte:

a) wenn dieselben venditionis causa geschätzt wurden, nach den Regeln des Verkaufes,

b) im Falle eines Dolus,

c) wenn sich der Bestellter besonders wegen Eviktion verpflichtet hat.[16]

Unter der pollicitatio dotis ist vielmehr ein formloser Vertrag zu verstehen, eine Bedeutung, welche das Wort pollicitatio sehr häufig hat. Vgl. Schloßmann Vertrag S. 153.

12) Häufig behauptet man, das Versprechen einer Dos verbinde, auch wenn es Inhalt und Umfang des Versprochenen ganz offen lasse. Dies geht zu weit. Man muß vielmehr die allgemeinen Grundsätze über unbestimmt lautende Versprechen auch hier anwenden; vgl. oben Bd. 2 § 15. Verspricht also, wer zur Bestellung in einem gewissen Maße nach den socialen Ansichten als verbunden gilt, eine Dos in unbestimmter Weise, thut dies namentlich der Vater der Frau, so ist anzunehmen, daß zugesagt werden soll, was nach Herkommen und Brauch unter den bezüglichen Verhältnissen geleistet zu werden pflegt. l. 69 § 4 D. h. t. 23, 3. Erklärt aber ein Dritter in ganz unbestimmter und vager Weise, eine Dos bestellen zu wollen, so ist dies illusorisch, eine Redensart; denn es fehlt an jedem Maßstabe dafür, was er leisten wollte und wozu er verurtheilt werden kann. l. 1 C. de dotis promissione 5, 11. Anders ist es wiederum, wenn der Frau eine angemessene, den Verhältnissen entsprechende Dos zugesagt wird. Dann ist der Umfang der Dos zu bemessen nach den Bedürfnissen der Gatten und ihrem Stande unter Berücksichtigung der Stellung des Versprechenden zu den Eheleuten und unter Beachtung seiner Vermögensverhältnisse. Vgl. l. 3 C. h. t. 5, 11.

13) l. 31 §§ 5—8 C. h. t. 5, 12.

14) Dem Bestellter der Dos stand in der Regel gegenüber der Klage des Ehemannes das beneficium competentiae zu l. 7 pr. § 1 D. soluto matrimonio 24, 3. Vgl. aber auch l. 84 D. h. t. 23, 3.

15) Ueber besondere Fälle, in denen man das Einbringen der Dos als selbstverständlich ansah, vgl. l. 24, l. 30, l. 40, l. 64 D. h. t. 23, 3. Siehe überhaupt Bechmann in Bekkers Jahrbuch Bd. 5 n. 14.

16) Die Haftung für Eviktion der Dotalsachen ist sehr bestritten. a) Viele behaupten, der Bestellter sei zur Eviktion stets verbunden, wenn er die Dos versprochen habe, „weil sein Versprechen dann durch Hingabe des versprochenen Gegenstandes nicht gehörig erfüllt sei". So Arndts Pand. § 403 und in seinen civ. Schriften Bd. 1

7. Die Dosbestellung geschieht nicht selten vor dem Eheschlusse. Dann kann das Dotalobjekt *unmittelbar Vermögen des Mannes werden*; zur Dos wird es gleichwohl erst mit dem Eheschlusse.[17] Kommt es hierzu nicht, so hat der Besteller wegen Vereitelung des Zweckes der Uebereignung eine condictio auf Rückgewähr.

Die Zuwendung kann auch geradezu durch die Eheschließung *bedingt* sein, so daß sie sich erst mit ihr perficirt.

Uebereignung körperlicher Sachen zur Dotirung vor der Ehe gilt im Zweifel als unbedingt, Versprechen[18] und Schulderlaß[19] als durch den Eheschluß bedingt.

8. Die Dos bildet ein besonderes Vermögen, welches wächst und sich mindert. Seine Bestandtheile können wechseln:

a) von Rechtswegen, also ohne den Willen der Ehegatten, z. B. in Folge einer Expropriation der Dotalsachen gegen Entschädigung,[20]

b) durch Uebereinkunft von Mann und Frau über den Umtausch

S. 487. Hiergegen sprechen die oben Bd. 2 § 107 Anm. 5 angeführten inneren Gründe. Ob etwas zunächst als Dos versprochen und dann erst geliefert wird, oder sofort übergeben wird, ist oft durch zufällige Umstände bestimmt. Daraus eine verschiedene Haftung wegen Eviktion herzuleiten, widerspricht den Parteiintentionen. b) Windscheid Bd. 2 § 495 Anm. 5 behauptet, dem Manne stehe in jedem Falle nach neuerem Rechte ein Eviktionsanspruch zu, „weil in der Uebergabe einer Sache zur Dos zugleich eine verpflichtende Erklärung zur Dos geben zu wollen liege". Diese Auffassung ist konsequenter als die von Arndts, aber den Quellen widerspricht sie entschieden. Unzweideutig weisen l. 16 und l. 52 D. h. t. 23, 3 darauf hin, daß der Mann Ansprüche wegen Eviktion der Dos nur habe, wenn das evincirte entweder ästimirt war oder ein besonderes Versprechen wegen Haftung für Eviktion abgegeben war. Hiermit stimmt die l. 1 C. h. t. 5, 12 vollständig überein. Severus et Antoninus. Evicta re, quae fuerat in dotem data, si pollicitatio = ursprünglich dictio — vel promissio fuerit interposita, gener contra socerum vel mulierem seu heredes eorum condictione - ursprünglich ex dictione — vel ex stipulatione agere potest. Sin autem nulla pollicitatio vel promissio intercesserirt, post evictionem ejus, si quidem res aestimata fuerit, ex empto competit actio. Sin vero hoc non factum est, si quidem bona fide eadem res in dotem data est, nulla marito competit actio: dolo autem dantis interposito de dolo actio adversus eum locum habebit. Die neueren beziehen meist die pollicitatio und promissio „interposita" auf eine „dos" promissa. Die Worte deuten hierauf aber nicht. Es ist von einem pactum de evictione praestanda die Rede. Vgl. Brinz Bd. 2 S. 1262. Besteht eine gesetzliche Dotationspflicht und ist diese in Folge der Eviktion unerfüllt, so kann allerdings Redotation gefordert werden. Dies ist ein besonderer Fall.

17) l. 7 § 3 D. h. t. 23, 3 und l. 8 D. eod. Callistratus libro 2 quaestionum: Sed nisi hoc evidenter actum fuerit, credendum est hoc agi, ut statim res sponsi fiant et, nisi nuptiae secutae fuerint, reddantur, l. 6 D. de cond c., d. c. n. s. 12, 4. Vgl. Brinz Bd. 2 S. 1228.

18) l. 21 D. h. t. 23, 3. Ulpianus libro 35 ad Sabinum: Stipulationem, quae propter causam dotis fiat constat habere in se condicionem hanc „si nuptiae fuerint secutae", et ita demum ex ea agi posse, quamvis non sit expressa condicio, si nuptiae, constat l. 83 D. h. t. 23, 3.

19) l. 43 D. h. t. 23, 3.

20) Vgl. l. 78 § 4 D. h. t. 23, 3.

der Dotalobjekte — permutatio dotis.[21] [22] Solche Geschäfte verbinden die Frau nicht, sofern sie beeinträchtigt wird.

§ 17. c. Die Dotalverträge.[1]

Die Vertragsfreiheit ist bezüglich der Dotalverhältnisse wesentlich beschränkt.

1. Dotalverträge sind nichtig, wenn sie gegen Grundprincipien des Dotalrechtes verstoßen. Dahin gehört die Vereinbarung, daß der Mann allen Ertrag, den er aus der Dos während der Ehe gewinnt, nach Auflösung derselben erstatten soll:[2] wo bliebe ihm dabei der Beitrag zu den Kosten der Ehe? Auch der Verzicht des Mannes auf Anrechnung seiner Verwendungen auf die Dos ist nichtig, denn solche Verwendungen mindern die Dos von Rechtswegen.[3]

2. Ferner wurden Dotalverträge verworfen, welche die Rechtsstellung der Frau ungebührlich verschlechtern.[4] [5] Insbesondere ist hiernach nichtig der absolute Verzicht der Frau auf Rückerstattung der Dos auch für den Fall der Trennung der Ehe durch den Tod des Mannes.[6] Wohl aber darf die Dos dem Manne für den Fall der Ehescheidung zugesichert werden, sofern ihm Kinder aus der Ehe

---

21) l. 26, l. 27 D. h. t. 23, 3.

22) l. 54 D. h. t. 23, 3. Gajus ad edictum praetoris titulo de praediatoribus besagt: Res, quae ex dotali pecunia comparatae sunt, dotales esse videntur. Brinz a. a. O. S. 1252 lehrt hiernach ohne weiteres: „durch Anschaffung aus den Dotalgeldern treten die gekauften Sachen an Stelle des Geldes". Der Satz ist unmöglich. Oder soll er auch zum Nachtheil der Frau gelten, wenn der Mann aus den Dotalgeldern werthlos gewordene Objekte angeschafft hat? In offenem Widerspruch ist denn auch l. 12 C. h. t. 5, 12. Wenn die Ehefrau den Gläubigern des Mannes gegenüber die Dotaleigenschaft von Objekten in Anspruch nimmt, die ihr Mann angeblich für die Dos angeschafft hat, so kann sie diese Behauptung durch den Nachweis plausibel machen, daß die Anschaffung aus Dotalmitteln geschah. Nichts anderes ist aus l. 54 herauszulesen.

1) Tit. Dig. de pactis dotalibus 23, 4. Cod. de pactis conventis 5, 14; Bechmann Bd. 2 S. 379; Czyhlarz S. 429; Brinz Bd 2 S. 1279; Beldimano, de pactis dotalibus. Inauguraldissertation. Berlin 1877.

2) Nicht unzulässig ist der Vertrag, wonach zwar die Früchte das Dotalvermögen vermehren, aber der aus ihnen gewinnbare Ertrag dem Manne verbleiben soll. l. 4 D. h t. 23, 4.

3) l. 5 § 2 D. h. t. 23, 4. Ueber den Verzicht des Mannes auf das beneficium competentiae vgl. l. 14 § 1 D. soluto matrimonio 24, 3.

4) Vgl. l. 17 D. h. t. 23, 4.

5) Es kann unter anderem nicht zum Nachtheil der Frau ausgemacht werden, daß der Ehemann nur für Dolus haften solle, l. 6 D. h. t. 23, 4.

6) l. 12 § 1 D. h. t. 23, 4, l. 2 D. eod., l. 1 § 1 D. de dote praelegata 33, 4, l. 3 C. h. t. 5, 14. — l. 16 D. h. t. 23, 4. Paulus libro 35 ad edictum: Ut autem longiore die solvatur dos, convenire non potest, non magis, quam ne omnino reddatur.

verbleiben,[7] nicht minder für den Fall der Trennung durch den Tod der Frau, auch wenn die Ehe kinderlos ist.[8]

Bei der Bestellung der Dos durch Dritte, welche zur Dotirung nicht verpflichtet sind, tritt eine Kollision der Erwägungen ein. Man will die Dritten nicht zurückschrecken, dennoch aber das Wohl der Frau möglichst fördern.

Dritte Besteller können daher bei der Dotirung oder auch später bis zum Eheschlusse die Rückerstattung der Dos zu ihren Gunsten mit dem Manne vereinbaren, dieselbe auch beliebigen Dritten versprechen lassen.[9] Nachher bedarf es zu Vereinbarungen des Bestellers und des Ehemannes über die Dos auch der Zustimmung der Frau, da diese mit der Eheschließung das Recht auf die Dos erworben hat.[10] Vereinbarungen, wodurch der Mann zum Nachtheil der Frau ungebührlich begünstigt würde, können dritte Besteller selbst bei der Dotirung nicht gültig abschließen.[11]

---

7) l. 1 § 1 D. de dote praelegata 33, 4. Ulpianus libro 19 ad Sabinum... quod est admissum posse deteriorem condicionem dotis fieri intervenientibus liberis, totiens locum habet, quotiens — ipsa in matrimonio decedit vel — divortium intervenit.

8) Meist erachtet man den Vertrag de lucranda dote auch für den Fall des Versterbens der Frau in der Ehe nur unter der Voraussetzung einer beklnderten Ehe für gültig. So Czyhlarz a. a. O. S. 432; dagegen aber Bechmann a. a. O. Bd. 2 S. 441 und zwar mit Recht. Die l. un. § 6 C. de rei uxoriae a. 5, 13 läßt derartige Verträge für den Fall des Versterbens der Frau in der Ehe ohne Beschränkung zu. Dagegen kann die ungeschickte Interpolation der Worte „ipsa in matrimonio decedit vel“ in der l. 1 § 1 D. de dote praelegata 33, 4 — oben Anm. 7 — nicht in das Gewicht fallen.

9) l. 29 pr. D. soluto matrimonio 24, 3. Ulpianus libro 3 disputationum: Quotiens pater dotem dat et stipulatur, ita demum in suam personam de dote actionem transfert, si ex continenti stipuletur: ceterum si interposito tempore stipulari velit, non nisi consentiente filia poterit, quamvis in potestate sit, quia deteriorem condicionem in dote filiae facere non potest, nisi consentiat. plane si ante nuptias dotem dederit, poterit ex intervallo, ante nuptias tamen, et citra voluntatem quoque filiae stipulari. Die Tragweite dieser Stelle ist sehr bestritten. Viele, z. B. Windscheid Bd. 2 § 506, nehmen an, daß der Besteller auch vor Abschluß der Ehe nach der Bestellung keine der Frau nachtheilige Vereinbarungen mit dem Manne ohne deren Zustimmung treffen könne, und erklären die abweichende Bestimmung in der l. 29 pr. daraus, daß der römische Vater befugt war, die Ehe seiner Haustochter noch zu verhindern. Diese Erklärung ist bedenklich. Steht doch nicht einmal fest, daß es sich in der Stelle um einen Hausvater und eine Haustochter handelte. Wir schließen uns daher der Erklärung von Czyhlarz a. a. O. S. 443 Anm. 3 an, vgl. l. 28 D. de jure dotium 23, 3.

10) Die Zustimmung der Frau ist nur soweit für sie verbindlich, als sie ihre Lage nicht unbillig verschlechtert. l. 7 C. sol. matr. 5, 18. Geht der Inhalt des Vertrages daher dahin, daß der Mann die Dos im Fall der Scheidung lukriren soll, und stimmt die Frau zu, so gilt das ihr gegenüber nur, wenn dem Manne Kinder verbleiben. Hieraus erklärt sich wohl l. 40 D. h. t. 24, 3. Die Meinungen sind aber sehr getheilt. Vgl. Czyhlarz a. a. O. S. 445.

11) l. 3 C. de pactis conventis 5, 14. Czyhlarz a. a. O. S. 440. Brinz a. a. O. S. 1280.

4. Die Rechtsverhältnisse während der Ehe.

§ 18. a. Die Rechte des Ehemannes.

Der Ehemann ist der Eigenthümer der Dotalsachen.

Allerdings hat die Frau weitgehende Rechte bezüglich ihrer Dos. Aber ein doppeltes Eigenthum an der Dos einestheils des Mannes und anderentheils der Frau, wie es früher viele annahmen und noch heute manche vertheidigen, besteht um deswillen nicht.[1]

Nicht minder unhaltbar ist die Annahme, die früher Anhänger fand, daß der Mann nur Nießbraucher der Dos sei. Materiell ist er allerdings durch die Rechte der Frau so beschränkt, daß ihm nicht viel mehr Befugnisse bleiben als einem Nießbraucher. Aber nach seiner juristischen Gestalt ist sein Recht Eigenthum.[2]

1. Als Eigenthümer erwirbt der Ehemann die Erträgnisse und Accessionen der Dotalsachen grundsätzlich zu Eigenthum.

Aber nur die Früchte treten in sein freies Eigenthum und verbleiben ihm endgültig. Andere Erträgnisse, z. B. die dem Eigenthümer als solchem anfallende Hälfte des in dem Dotalgrundstücke gefundenen Schatzes, vermehren das Dotalvermögen und sind als dessen Bestandtheil nach Beendigung der Ehe herauszugeben.[3]

---

1) Schon die Glossatoren stritten darüber „dotis dominium utrius sit, mariti an uxoris?“ Hänel, dissensiones dominorum p. 436. Doch waren sie zu gute Romanisten, um sich trotz etwelcher Bedenken der Anerkennung des vollen Eigenthumes des Mannes zu entziehen. Häufig führt man auch Cujacius als Vertheidiger des Eigenthumes des Mannes an. Das ist unrichtig. Observationes lib X cap. 32 erklärt er vielmehr „mulier jure naturali est domina dotis, maritus fictione juris civilis. Duo igitur dotis domini, unus verus, alter fictitius, ut alibi unus bonitarius, alter quiritarius“. Noch weiter geht Donellus, commentarii juris civilis lib. XIV cap. 4 § 10. Er behauptet aus den Eigenschaften des Eigenthumes erhelle, daß der Mann nicht wahrer Eigenthümer der Dos sein könne, sondern nur einzelne Eigenthumsbefugnisse habe. Dem gegenüber hat Löhr in seinem und Grolmanns Magazin Bd. 4 S. 57 siegreich ausgeführt, daß der Mann das wahre und einzige Eigenthum an den Dotalsachen habe. Doch hat auch später Tigerström, Dotalrecht Bd. 1 S. 202 die Idee eines s. g. bloß prokuratorischen Eigenthums des Mannes vertheidigt und ähnlich Brinz Bd. 2 S. 1236. Die Stellen über das angebliche „Eigenthum“ der Frau siehe unten § 19 Anm. 1.

2) Analog ist das Verhältniß des Fiduciarerben, welchem die Herausgabe der Erbschaft an einen Universalfideikommissar aufgelegt ist. Auch er ist Eigenthümer, und dennoch gehen seine Befugnisse nicht viel über die eines Nießbrauchers hinaus. Allerdings hat aber die Frau auch schon vor der Restitution eine nähere Beziehung zu ihrer Dos, als der Universalfideikommissar zu der Erbschaft.

3) l. 7 § 12 D. soluto matrimonio 24, 3. Ulpianus libro 30 ad Sabinum ... sed et si arbores vi tempestatis ceciderunt, dici oportet pretium earum restituendum mulieri nec in fructum cedere, non magis quam si thensaurus fuerit

2. In Folge seines Eigenthumsrechtes ist der Ehemann grundsätzlich zur Veräußerung der Dotalsachen legitimirt.

a) Dies erlitt jedoch die erheblichste Beschränkung durch die lex Julia de fundo dotali,[4] welche im Interesse der Sicherung der gesetzlichen Ansprüche auf Rückgewähr[5] die Veräußerung der Dotalgrundstücke verbot und für nichtig erklärte. Dies Verbot, ursprünglich nur italische Grundstücke betreffend, wurde auf außeritalische erstreckt.[6] Es erhielt auch Anwendung gegenüber dem Bräutigam.[7] Dasselbe verhinderte auch die Bestellung dinglicher Rechte. Ursprünglich war nur die Verpfändung unbedingt untersagt, die Eigenthumsübertragung dagegen unter Zustimmung der Frau gestattet. Justinian ließ auch diese nicht zu,[8] eine unpraktische Bestimmung, welche, folgerecht durchgeführt, den Eheleuten auch in Fällen der dringendsten Noth oder größten Nutzens die Hände gebunden hätte. Das Mittelalter erachtete die Veräußerung bei eidlicher Bestärkung durch die Frau als gültig;[9] gemeinrechtlich genügt deren Zustimmung.[10] [11]

---

inventus: in fructum enim non computabitur, sed pars ejus dimidia restituetur quasi in alieno inventi.

4) Tit. Dig. de fundo dotali 23, 5, Cod. eod. 5, 23; Gajus Inst. II § 63; Paulus sententiae II 21b § 2 pr. l. quibus alienare 2, 8; Bachofen, ausgewählte Lehren S. 89, Czyhlarz in Lindes Zeitschrift Bd. 22 n. 11 und Dotalrecht S. 196; Bechmann a. a. O. Bd. 2 S. 445. Was man lex Julia de fundo dotali in Uebereinstimmung mit l. 1 D. h. t. 23, 4 nennt, ist ein Kapitel der lex Julia de adulteriis vom Jahre 18 vor Christi Geburt.

5) l. 3 § 1 D. h. t. 23, 5. Paulus libro 36 ad edictum: Totiens autem non potest alienari fundus, quotiens mulieri actio de dote competit aut omnimodo competitura est. Dabei ist an einen Dotalanspruch auf das Grundstück gedacht. Das Veräußerungsverbot greift daher nicht ein: a) bei der dos recepticia, b) bei der dos aestimata, da hier nicht das Grundstück, sondern die Schätzungssumme dotal ist, c) wenn das Grundstück alternativ dotal ist, sofern der Mann die Wahl hat.

6) l. un. § 15 C. de rei ux. 5, 13, pr. I. quibus alienare 2, 8.

7) l. 4 D. h. t. 23, 5. Selbstverständlich bleibt die Veräußerung auch nach Beendigung der Ehe bis zur Restitution der Dos verboten.

8) l. un. § 15 C. de rei ux. act. 5, 13.

9) cap. 28 X. de jurejurando 2, 24. Ueber das spätere byzantinische Recht vgl. Zachariä, griechisch-römisches Recht S. 78.

10) Schon Schilter exerc. 36 § 95 bemerkte, daß die Bestimmung „a Germanis receptam non esse". Allerdings erklärte sich gegen ihn Wernher, observationes forenses tom. II p. VIII obs. 437. Diesem folgt Glück Bd. 25 S. 420. Aber Glück selbst erachtet nach deutschem Rechte „die Zustimmung der Obrigkeit zur Veräußerung" für ausreichend, erkennt also gleichfalls die Undurchführbarkeit der justinianischen Verordnung an. Viele Rechtslehrer ferner betrachteten die Veräußerung wenigstens als gültig, wenn die Frau die Zustimmung nach zwei Jahren wiederhole. Vgl. Glück a. a. O. S. 412. Es handelt sich offenbar um eine der Normen, welche in der Praxis nicht lebendig geworden sind, die man aber aus Respekt vor der angeblichen Reception in complexu theoretisch nicht ganz zu verleugnen wagte.

11) Der Mann kann das nichtig veräußerte Grundstück vindiciren, ohne daß ihm

Die Veräußerung konvalescirt, wenn nach Auflösung der Ehe keine dotalrechtlichen Ansprüche der Frau oder ihres Vaters bestehen.[12]

b) Bezüglich der Mobilien besteht kein gesetzliches Veräußerungsverbot. Doch nur bezüglich der Fungibilien und der rascherem Verderben ausgesetzten Objekte hat der Ehemann das volle Verfügungsrecht ohne Zustimmung der Frau.

Veräußert er Mobilien anderer Art ohne solche Einwilligung, so ist dies der Frau gegenüber unberechtigt. Diese kann sie daher nach Auflösung der Ehe als zu ihrer Dos gehörend vom Manne beanspruchen[13] und nach justinianischem Rechte sogar von Dritten vindiciren.[14]

3. Der Ehemann hat alle Rechtsmittel eines Eigenthümers, z. B. Vindikation, Servitutenklagen, die condictio furtiva[15] und die actio legis Aquiliae.

§ 19. b. Die Rechte der Ehefrau.

Obgleich die Dos juristisch im wahren Eigenthume des Mannes steht, so ist sie doch nach der Auffassung des Lebens Frauenvermögen.[1]

---

ein Retentionsrecht wegen des Bruches seines Versprechens entgegengestellt werden kann. Dies fordert der Zweck des Verbotes. Der Erwerber in gutem Glauben ist aber befugt, sein Interesse an der Erfüllung vom Veräußerer zu beanspruchen. Schröder, gesetzliche Veräußerungsverbote S. 26. Für Zulassung einer exceptio doli, also eines Retentionsrechtes, scheint Brinz a. a. O. S. 1232.

12) l. 17 D. h. t. 23, 5, l. 42 D. de usurp. 41, 3.

13) l. 50 D. soluto matrimonio 24, 3. Scaevola libro 2 responsorum: Aestimatis rebus in dotem datis pactum intercessit, ut, ex quacumque causa dos reddi deberet, ipsae res restituerentur habita ratione augmenti et deminutionis viri boni arbitratu; quae vero non exstarent ab initio aestimatio earum — also die vereinbarte Schätzung und nicht was die Sache zur Zeit des Unterganges oder des Urtheils werth wäre —: quaesitum est, cum res quaedam quas maritus vendiderat exstarent, an secundum pactum et haec ad mulierem pertinerent. respondi res quae exstant si neque volente neque ratum habente muliere venissent, perinde reddendas, atque si nulla aestimatio intervenisset.

14) Vgl. unten § 20.

15) l. 49 § 1 D. de furtis 47, 2.

1) Die hauptsächlichen Stellen, welche manche — vgl. oben § 18 Anm. 1 — dazu bestimmten, die Frau als Eigenthümerin der Dos anzusehen, sind l. 3 § 5 D. de minoribus 4, 4. Ulpianus libro 11 ad edictum Ergo etiam filiam familias in dote captam, dum patri consentit stipulanti dotem non statim quam dedit, vel adhibenti aliquem, qui dotem stipularetur, puto restituendam, quoniam dos ipsius filiae proprium patrimonium est. Doch dies besagt nur: die Dotalansprüche gehören nicht zum Vermögen des Hausvaters, sondern der Haustochter; l. 75 D. h. t. 23, 3. Tryphoninus libro 6 disputationum: Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est, et merito placuit, ut, si in dotem fundum inaestimatum dedit, cujus nomine duplae stipulatione cautum habuit, isque marito evictus sit, statim eam ex ea stipulatione agere posse. porro cujus interest non esse evictum quod in dote fuit, quodque ipsa evictionem pati creditur ob id, quod eum in dotem

Hierin liegt die Quelle von Rechten der Frau. Diese treten vorzugsweise nach Auflösung der Ehe hervor, erscheinen aber auch bereits während der Ehe.

1. Standesgemäßer Unterhalt aus der Dos ist natürliches Anrecht der Frau. In Nothfällen steigert sich dieses zum klagbaren Anspruch.[2]

2. Geräth der Ehemann in Vermögensverfall, so kann die Ehefrau auch während der Ehe die Herausgabe der Dos fordern, um sie an Stelle des Ehemannes zu verwalten und die ehelichen Lasten aus ihr zu bestreiten.[3]

3. Hiervon abgesehen ist die Zurückgabe während der Ehe nur zu nothwendigen oder nützlichen oder sittlich gebotenen Zwecken zulässig.[4]

Giebt sie der Mann ohne gute Gründe während der Ehe in die Hände seiner Frau und geht sie bei derselben zu Grunde, so kann er sich nach Auflösung der Ehe der wiederholten Erstattung nicht entziehen.[5]

---

habere desiit, hujus etiam constante matrimonio, quamvis apud maritum dominium sit, emolumenti potestatem esse creditur, cujus etiam matrimonii onera maritus sustinet. Das wahre Eigenthum des Mannes an der Dos wird gerade hier zugestanden, und es wird nur betont, daß die Dos auch während der Ehe der Frau Vortheile gewähre, daß sie daher schon jetzt an ihr juristisch interessirt sei. Weniger scharf ist Justinian, wenn er in l. 30 C. h. t. 5, 12 gleichsam zur Auswahl hinstellt, ob man annehmen wolle, daß die Dotalsachen „ex naturali jure ejusdem mulieris" seien oder „secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam" gehörten. Doch auch hiernach bleibt es dabei, daß der Mann juristisch betrachtet allein Eigenthümer der Dos ist, wenn auch die Frau nach einer natürlichen, d. h. hier unjuristischen Betrachtung in der Dos ihr Vermögen sieht.

2) l. 22 § 8 D. soluto matrimonio 24, 3.

3) l. 29 C. h. t. 5, 12. Es ist streitig, ob die Frau dies Recht auch im Fall der Bestellung einer dos recepticia habe. Ohne Zweifel ist dies im Sinne des Bestellers, welcher durch seine Gabe für die Frau und ihren Hausstand während der Ehe sorgen will. Hierfür spricht auch die l. 22 § 8 D. sol. matr. 24, 3. Die Gegenansicht stützt sich auf den Wortlaut der l. 29 cit., vgl. freilich Arndts § 404 Anm. 3.

4) Die Fälle, in denen die Restitution der Dos während der Ehe zulässig ist, erörtert l. 73 § 1 D. h. t. 23, 3 und l. 20 D. soluto matrimonio 24, 3. Czyhlarz S. 43. Streitig ist, ob die in den Pandektenstellen aufgezählten Fälle als Beispiele oder exklusiv zu verstehen sind. Für das erstere spricht die Weise der Darstellung. Vgl. auch l. 85 D. h. t. 23. 3. Daß diese Beispiele durch nov. 22 cap. 39 einen anderen Charakter erhielten, ist nicht anzunehmen. Siehe aber Arndts § 404 Anm. 5.

5) l. un. C. si dos constante matrimonio soluta fuerit 5, 19. Der Grund des Satzes ist zweifelhaft. Viele erklären ihn daraus, daß die vorzeitige Rückgabe eine Schenkung unter Ehegatten bilde. Aber vorzeitige Zahlung einer Schuld ist nicht Schenkung. Es handelt sich um ein specielles Verbot, welches wahrscheinlich in der lex Papia Poppaea enthalten war. Czyhlarz a. a. O. S. 492.

5. Die Dotalverhältnisse nach Auflösung der Ehe.

§ 20. a. Die Rückforderungsklagen im allgemeinen.

Nach Endigung der Ehe ist die Dos in der Regel zurückzuerstatten. War sie recepticia, indem der Besteller sich oder Dritten die Rückerstattung vorbehalten hatte, so ist lediglich die Vereinbarung maßgebend.[1]

In anderen Fällen treten die dotalrechtlichen Normen ein.

a) Die hauptsächliche Dotalklage ist auch im justinianischen Rechte eine persönliche.[2] Sie betreibt Rechnungslegung sowie Erstattung des Dotalvermögens. Den anormalen und höchst persönlichen Charakter, welcher der alten actio rei uxoriae innewohnte, hat sie abgestreift und ist als s. g. actio tacita ex stipulatu nach Art einer Vertragsklage gebildet, namentlich also vererblich.

Die Ehefrau hatte im justinianischen Rechte nicht bloß ein Vorzugsrecht vor den chirographarischen Gläubigern des Mannes, sondern auch ein gesetzliches Pfandrecht,[3] ausgerüstet mit einem Privilegium vor älteren hypothekarischen Gläubigern.[4] Die neuere Zeit hat von diesen Privilegien wenig stehen gelassen. Insbesondere erkennt die Reichskonkursordnung ein Vorrecht der Frau gegenüber den persönlichen Gläubigern des Mannes nicht mehr an;[5] und die römische privilegirte gesetzliche Generalhypothek ist zu einem einfachen Anspruch auf Pfandsicherung herabgesunken.[6]

b) Um so wichtiger ist, daß Justinian der Frau auch eine utilis rei vindicatio gab.[7] Damit erhielt sie ein dingliches Recht auf Rück-

---

1) Es bestand dann in Rom die a. ex stipulatu oder in Fällen formloser Vereinbarung die a. praescriptis verbis, l. 6 C. h. t. 5. 12.

2) l. un. C. de rei uxoriae actione in ex stipulatu transfusa 5, 13, oben § 14. Die Klage wird häufig in den Quellen actio de dote und von uns hiernach als „Dotalklage" bezeichnet.

3) l. 17 § 1 — l. 19 pr. D. de rebus auctoritate judicis 42, 5. Dies Privileg war höchst persönlich —, l. un. C. de privilegio dotis 7, 74.

4) l. un. § 1 C. de rei uxoriae actione 5, 13, l. 12 C. qui potiores 8, 17.

5) K.O. § 54.

6) Vgl. oben Bd. 1 § 269 Ziff. 4, § 288 Ziff. 3.

7) l. 30 pr. C. h. t. 5, 12. Justinianus: In rebus dotalibus sive mobilibus sive immobilibus seu se moventibus, si tamen extant, sive aestimatae sive inaestimatae sint, mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium praerogativam et neminem creditorum mariti, qui anteriores sunt, sibi potiorem causam in his per hypothecam vindicare, cum eaedem res et ab initio uxoris fuerant et naturaliter in ejus permanserunt dominio. Die Auslegung ist sehr bestritten. a) Kontrovers ist der Grundcharakter des hier der Frau

übereignung der Dotalsachen. Und zwar bezieht sich dieser Anspruch auch auf in dritter Hand befindliche Objekte, abgesehen von Fungibilien; ja er erstreckt sich selbst auf ästimirte Dotalsachen, vorausgesetzt, daß die Aestimationssumme nicht gezahlt wird.

§ 21. b. Rückforderungsberechtigte.[1]

Rückforderungsberechtigt sind die Frau und deren Erben. War die geschiedene oder verwittwete Frau noch Haustochter, so stand nach römischem Rechte die Dotalklage nur dem Vater und der Tochter gemeinsam zu.[2] Im gemeinen Rechte aber ist der Fall unmöglich geworden, da die Ehe der Tochter die väterliche Gewalt über sie beendigt.[3]

Der Vater hat den Dotalanspruch wegen der von ihm bestellten dos profecticia,[4] wenn seine Tochter in der Ehe verstirbt.[5] In diesem

gewährten Anspruches. Löhr in seinem und Grolmanns Magazin Bd. 4 S. 70 und im Archiv für civ. Praxis Bd. 5 S. 295 nimmt nur ein privilegirtes Pfandrecht an. Wäre diese Ansicht richtig, so wäre nach der neueren Entwickelung des Pfandrechtes der Vortheil unserer Verordnung verloren. Doch sie entspricht weder den Worten noch der Absicht Justinians. Vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 383. Es handelt sich, wie in anderen Fällen der utilis vindicatio, vielmehr um ein dingliches Recht auf Uebertragung des Eigenthumes, vgl. oben Bd. 1 § 225. b) Viele neuere Schriftsteller beziehen den Zwischensatz „si tamen extant" auf Sachen, die noch beim Manne vorhanden sind. So unter anderen Windscheid Bd. 2 § 503 und die zahlreich dort citirten. Hiergegen hat sich namentlich Bechmann a. a. O. Bd. 2 S. 470 erklärt, und mit vollem Recht. Diese restriktive Interpretation ließe sich nur rechtfertigen, wenn dringende innere oder äußere Gründe für sie sprächen. An solchen fehlt es. Man führt an, daß, sonst der Zusatz „si tamen extant" gar zu „nichtssagend" wäre. Es wird aber damit ausgeschlossen, daß ehemalige Besitzer, insbesondere auch der Ehemann selbst, weil sie die Objekte vor dem Prozeß konsumirten, als ficti possessores belangt und in das durch einseitigen Eid des Klägers zu bestimmende Interesse verurtheilt werden konnten. Andere Gründe, die man anführt, sind gesucht und nicht schlagend. Was unter den „res, quae extant" zu verstehen sei, geht unseres Erachtens bestimmt aus der l. 50 D. soluto matrimonio 24, 3 — abgedruckt oben S. 36 Anm. 13 — hervor. Aber aus dieser Stelle ist auch zu entnehmen, daß die Frau die Vindikation nicht hat, wenn sie der Veräußerung der Dotalobjekte zugestimmt hat. c) Besondere Schwierigkeit macht, daß Justinian sogar eine Vindikation der res aestimatae zuläßt. Daß dies der Fall ist, kann nicht bezweifelt werden. Aber nothwendig muß dann die Vindikation dadurch ausgeschlossen werden, daß der Mann der Frau die Schätzungssumme offerirt. d) Ueber den Gegenstand der Vindikation vgl. noch Brandis im Archiv für civ. Praxis Bd. 66 n. 4.

1) Tit. Dig. soluto matrimonio dos quemadmodum petatur 24, 3, Cod. 5, 18, sowie l. un C. de rei uxoriae act. 5, 13.

2) Ulp. fragm. tit. VI § 6, l. 2 §§ 1 ff., l. 3, l. 4 D. h. t. 24, 3. Vgl. Brinz a. a. O. S. 1246.

3) Dies ist gemeinrechtlich; vgl. Stölzel, väterliche Gewalt S. 18. Nach einigen Landesrechten wird auch besonderer Haushalt verlangt, damit die verheirathete Tochter aus der Gewalt trete. Dort könnten die römischen Grundsätze über die gemeinsame Klage des Vaters und der Tochter denkbarerweise noch Anwendung finden.

4) Vgl. über den Begriff der dos profecticia oben § 13.

5) Der Vater hat die Rückforderung der dos profecticia, wenn die Tochter in

Falle sind also die Erben der Frau ausgeschlossen. Ob dies auch gegenüber den Kindern der verstorbenen Frau gelte, war schon unter den Glossatoren streitig. Dafür erklärte sich dem justinianischen Rechte entsprechend Bulgarus, dagegen aber Martinus.[6] Des letzteren Ansicht wurde zur gewohnheitsrechtlichen.[7]

§ 22. c. Gegenstand der Dotalklage.

Gegenstand der Dotalklage ist das Dotalvermögen, in dem Stande und Betrage, in dem es sich zur Zeit befindet.

1. Die Dos wird durch eine feste Summe gebildet, wenn sie in Geld oder anderen Fungibilien besteht oder verkaufsweise abgeschätzt ist. Dann ist diese Summe zu erstatten, ohne daß in Betracht kommt, ob das entsprechende Kapital in den Händen des Mannes zu Grunde ging oder wuchs.[1]

---

der Ehe verstirbt, ohne Rücksicht darauf, ob sie zur Zeit der Bestellung oder ihres Todes in seiner Gewalt stand. Denn ganz allgemein erklärt l. 6 pr. D. de jure dotium 23, 3. Pomponius libro 14 ad Sabinum: Jure succursum est patri, ut filia amissa solacii loco cederet, si redderetur ei dos ab ipso profecta, ne et filiae amissae et pecuniae damnum sentiret. Und speciell bezeugt l. 71 D. de evictionibus 21, 2, daß auch „si filia emancipata est, uno casu ad patrem dos regredi potest", nämlich „mortua in matrimonio filia". Neuerdings wird jedoch häufig behauptet, daß der Vater das Recht der Rückforderung der dos profecticia nur habe, wenn die in der Ehe verstorbene Tochter zur Zeit der Bestellung der Dos in väterlicher Gewalt stand. Hauptvertreter dieser Ansicht ist Francke im Archiv für civ. Praxis Bd. 26 n. 14 „Vom Rückfall der dos profecticia", dem sich Vangerow Bd. 1 S. 220 Anm. 1 n. 2 a, Massot im Archiv für prakt. Rechtsw. n. F. Bd. 5 n. 4, Windscheid Bd. 2 § 499 Anm. 4 anschließen. Man stützt sich hierfür auf l. un. § 13, C. de rei uxoriae act. 5, 13. Aber Justinian spricht hier nur den allgemeinen Grundsatz aus, daß der Frau und ihren Erben die von ihm geschaffene, auf der Fiktion einer Stipulation beruhende actio tacita ex stipulatu auch zustehe, wenn die Dos von einem Dritten — extraneus — ohne einen Vorbehalt der Rückgabe zu seinen Gunsten bestellt sei, und daß auch der Vater, welcher die Gewalt über die Tochter nicht habe, zu solchen Dritten gehöre. Das findet denn auch seine Anwendung im Falle der Trennung der Ehe durch Scheidung und durch Tod des Mannes, wie auch, wenn die Frau nach dem Besteller der dos profecticia in der Ehe stirbt. Dagegen ist nicht anzunehmen, daß das Recht des Vaters auf die von ihm bestellte dos profecticia im Falle des Todes der Tochter in der Ehe damit modificirt werden sollte. Dasselbe wird eben in den Pandekten, welche die Meinung Justinians in dieser Hinsicht authentisch deklariren, aufrecht erhalten. Vgl. Bechmann a. a. O. S. 39, 373 und Czyhlarz S. 392. — Noch weiter als Francke geht Appelius im Archiv für prakt. Rechtsw. n. F. Bd. 12 S. 58; vgl. Arndts § 405 Anm. 4 in der 13. Ausgabe.

6) Siehe über den Streit: Hänel, dissensiones dominorum p. 40, 87, 441; Savigny, Geschichte des römischen Rechtes im Mittelalter Bd. 4 S. 90. Nach klassischem Rechte durfte der Ehemann wegen jedes Kindes ein Fünftel zurückhalten. Ulp. fragmenta VI, 4, Vat. fragmenta § 108. Im justinianischen Rechte kommt ein solches Recht des Ehemannes nicht mehr vor.

7) Glück Bd. 27 S. 205, vgl. übrigens auch Seuffert, Archiv Bd. 6 n. 214 und dort citirte.

1) l. 42 D. de jure dotium 23, 3. Gajus libro 11 ad edictum provinciale:

2. Sonst sind die Bestandtheile des Dotalvermögens dergestalt zu erstatten, wie sie im Laufe der Zeit wurden, zunächst also die seinerzeit inferirten Sachen, soweit sie vorhanden sind,[2] dann was etwa durch Vereinbarung oder von Rechtswegen an deren Stelle trat.

Dazu kommen die Accessionen der Dos.[3] Zu diesen gehören auch vor und nach Eingehung der Ehe gewonnene Früchte der Dotalsachen.

Dagegen sind die auf die Ehezeit fallenden Früchte freies Eigenthum des Mannes und nicht zu restituiren.[4 5]

Die Früchte des letzten Ehejahres, welches natürlich auch das erste sein kann, werden zwischen dem Manne und dem Rückforderungsberechtigten nach Verhältniß der Zeit getheilt, in welcher die Ehe in diesem Jahre bestand. Es bezieht sich dies wie auf natürliche, so auch auf bürgerliche Früchte, insbesondere auf Pachtzinsen.[6]

Res in dotem datae, quae pondere numero mensura constant, mariti periculo sunt, quia in hoc dantur, ut eas maritus ad arbitrium suum distrahat et quandoque soluto matrimonio ejusdem generis et qualitatis alias restituat vel ipse vel heres ejus.

2) l. 11 D. h. t. 24, 3. Pomponius libro 16 ad Sabinum: Si alienam rem sciens mulier in dotem dederit, reddenda ei est quasi suam dedisset.

3) l. 4, l. 10 § 1 D. de jure dotium 23, 3.

4) Ueber die Restitution der Früchte der Dos vgl. u. a. Francke im Archiv für civ. Praxis Bd. 30 n. 10, Bechmann Bd. 2 S. 188, Czyhlarz S. 235, Bolze im Archiv für civ. Praxis Bd. 61 S. 321 und Brandis ebendaselbst Bd. 69 n. 6.

5) Die Principien formulirt am klarsten l. 6 D. soluto h. t. 24, 3. Paulus libro 7 ad Sabinum: Si ante nuptias fundus traditus est, ex die nuptiarum ad eundem diem sequentis anni computandus annus est: idem in ceteris annis servatur, donec divortium fiat. nam si ante nuptias traditus sit et fructus inde percepti, hi restituendi sunt quandoque divortio facto quasi dotis facti. Hierzu vgl. l. 5 D. eod. Ulpianus libro 30 ad Sabinum: De divisione anni ejus, quo divortium factum est, quaeritur ex die matrimonii an ex die traditi marito fundi maritus sibi computet tempus et utique in fructibus a viro retinendis neque dies dotis constitutae neque nuptiarum observabitur, sed quo primum dotale praedium constitutum est id est tradita possessione.

6) Vielbesprochen ist die Entscheidung der l. 7 § 1 D. h. t. 24, 3. Ulpianus libro 31 ad Sabinum: Papinianus libro undecimo quaestionum divortio facto fructus dividi ait non ex die locationis, sed habita ratione praecedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit: neque enim, si vindemiae tempore fundus in dotem datus sit eumque vir ex Kalendis Novembribus primis fruendum locaverit, mensis Januarii suprema die facto divortio retinere virum et vindemiae fructus et ejus anni, quo divortium factum est, quartam partem mercedis aequum est: alioquin si coactis vindemiis altera die divortium intercedat, fructus integros retinebit. itaque si fine mensis Januarii divortium fiat et quattuor mensibus matrimonium steterit, vindemiae fructus et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur. — Ueber den Fall ist kein Zweifel. Die Ehe hatte am ersten Oktober begonnen und wurde am letzten Januar des folgenden Jahres getrennt, dauerte also 4 Monate. Ein Weinberg war zur Dos gegeben. Der Ehemann hatte im Oktober die Weinernte eingethan und den Weinberg vom ersten November ab verpachtet. Was gebührt ihm nun von dem Ertrage des Ehejahres? Die Schwierigkeit liegt darin, daß

3. Die Restitution der Dotalgrundstücke hat sofort nach Auflösung der Ehe zu geschehen.

Für andere Objekte ist dem Manne und seinen Erben gesetzlich die Frist eines Jahres gewährt.[7]

Doch sind auch die während dieses Jahres von speciellen Dotalsachen gewonnenen Früchte dotal und zu erstatten. Vom Ablauf des Jahres an hat der Restitutionspflichtige 4% Zinsen des Werthbetrages der Dos zu berichtigen. Dabei können aber fruchttragende Sachen, deren Fruchtertrag herauszugeben ist, nicht in Anschlag kommen.

4. Die Weise, wie die Restitution zu vollziehen ist, richtet sich nach der Art der Vermögensstücke. Uebereignete Sachen, cedirte Forderungen sind zurückzuübereignen. Wurde ein Nießbrauch zu Gunsten des Mannes begründet, so kann nur dessen Ausübung auf den Rückforderungsberechtigten übertragen werden. War aber der Nießbrauch

---

in das erste und letzte Jahr vom Eheschlusse an nicht nur die Weinernte, sondern auch 11 Monatsraten des Pachtzinses fallen. Würde man hieraus dem Manne das Drittel gewähren, so erhielte er nahezu den Ertrag von 8 Monaten für eine Ehezeit von 4 Monaten. Dies erschien unbillig und die Frau beschwerend. So ergab sich die Frage, wie zu helfen sei? Die Versuche alter und neuer Zeit sind nicht glänzend ausgefallen. Eine vollständige Aufzählung würde zu weit führen. Ulpian seinerseits nimmt zum Ertrag der Weinernte, wie der Wortlaut ergiebt, den vierten Theil des Pachtzinses und berechnet hieraus das dem Ehemanne gebührende Drittel. Warum aber bloß ein Viertel des Pachtzinses? Ein Princip liegt hierin nicht. Daher hat namentlich Vangerow Bd. 1 § 220 Anm. 2, II die Auffassung von Duarenus adoptirt, wonach der Mann nur ein Zwölftel des Weinertrages und ein Viertel des Pachtzinses erhalten und dies sein Drittel bilden soll. Hierüber sprach sich Buchta, Vorlesungen Bd. 2 zu § 421 sehr abfällig aus, ohne freilich Gründe anzugeben. Vangerows Auffassung ist in der That nicht haltbar. Denken wir, das Weinjahr war ein außerordentlich gutes und die Weinernte betrug 3600. Darauf verpachtete der Mann den Weinberg mit Berücksichtigung des Durchschnittsertrages desselben für 1200. Hätte er nicht verpachtet, so behielte er zweifelsohne für die Ehe von vier Monaten ein Drittel des Ertrages der Ernte, also 1200. Soll er sich nun, da er verpachtet, nach Vangerow mit 300 als dem Zwölftel des Weinertrages und 300 als dem Viertel des Pachtzinses begnügen müssen? Der Umstand, daß er verpachtet und damit die auf das Ehejahr entfallende Einnahme vermehrte, hätte dann zur Folge, daß er nur die Hälfte dessen bezöge, was ihm zustände, wenn er die Verpachtung unterlassen hätte. Derartiges erscheint unannehmbar. Daß die Erklärung Vangerows mit den Worten Ulpians nicht stimmt, liegt zudem auf der Hand. Andere Ansichten siehe bei Vangerow a. a. O. und in den oben Anm. 4 citirten Schriften. Etwas befriedigendes ist in ihnen nicht zu Tage getreten. Man wird sich bei der Bestimmung Ulpians beruhigen müssen, die eine willkürliche Lösung enthält, aber doch leidlich den praktischen Verhältnissen und der Billigkeit entspricht. Vgl. Brinz a. a. O. S. 1271. Uebrigens ist die Hand der Kompilatoren sichtbar im Spiel. Man geht wohl nicht fehl, wenn man ihnen die Entscheidung zuschreibt. Daß sie jedenfalls nur in dem besonderen Falle Anwendung findet, wenn in das letzte Ehejahr der Gewinn verschiedener Fruchtjahre fällt, ist selbstverständlich.

7) In der klassischen Zeit hatte der Mann zur Erstattung der Fungibilien drei Jahrestermine, während er andere Dotalobjekte sofort restituiren sollte. Ulp. fragm. VI § 8. Justinian unterscheidet in der l. un. § 7 C. h. t. 5, 13 Immobilien und Mobilien, vgl. Czyhlarz a. a. O. S. 388.

an dem Grundstücke des Rückforderungsberechtigten, insbesondere an dem der Frau bestellt, so geschieht seine Restitution durch Verzicht auf denselben.[8] Wurde dem Ehemanne behufs seiner Dotirung eine Schuld erlassen, so hat er deren Betrag binnen Jahresfrist zu zahlen, wenn die Forderung fällig wäre. Ist dies nicht der Fall, so ist die Forderung wiederherzustellen.[9]

5. Der Ehemann ist, während er das Dotalvermögen verwaltet, wegen culpa in concreto verantwortlich. Die hiernach entstandene Entschädigungsforderung vermehrt das Dotalvermögen.[10] [11]

8) Die Hauptstelle über die Restitution des Ususfruktes ist von Tryphoninus libro 11 disputationum l. 78 pr. — § 4 D. de jure dotium 23, 3, vgl. auch l. 66 D. eod., l. 57 D. soluto matrimonio 24, 3.

9) Von der Dosbestellung durch acceptilatio handelt Ulpianus libro 3 disputationum l. 43 D. de jure dotium 23, 3. Insbesondere führt § 2 aus: constituta dote per acceptilationem et secutis nuptiis is effectus erit dotis exactioni, ut, si quidem pura sit obligatio quae accepto lata est, non ipsa jam restituenda sit, sed solvenda dos secundum sua tempora, sin vero obligatio in diem fuit nec ante solutum matrimonium dies obligationis praeteriit, restauranda est in diem pristinum obligatio et, si debitum cum datisdatione fuerit, satisdatio renovanda est. similique modo et si condicionalis fuerit obligatio quae in dotem conversa est et pendente obligatione divortium fuerit secutum, verius obligationem sub eadem condicione restitui debere: sed si condicio exstiterit constante matrimonio, ex die divortii tempora exactionis numerantur. Hofmann bei Arndts § 406 Anm. 5 führt aus, daß dann, wenn der Zahlungstermin zur Zeit der Bestellung noch nicht eingetreten sei, die Schuld unter der Befristung, die ihr im Augenblick des Erlasses anhaftete, wiederherzustellen sei. Wenn z. B. jemandem dotis causa eine in 3 Jahren fällige Kaufgelderschuld erlassen worden sei, und es 3 Jahre später zur Restitution komme, so brauche der Schuldner das Kapital erst in weiteren 3 Jahren zu zahlen. Denn innerhalb der 3 Jahre der Ehe habe er das Kapital als dotales genossen, nunmehr dürfe er es noch 3 Jahre lang kraft des Kaufkontraktes genießen. Eine solche Behandlungsweise wäre denkbar, sie ist aber zu künstlich und steht nicht im Einklang mit l. 43.

10) l. 17 D. de jure dotium 23, 3. Eines politischen Prozesses gedenkt Javolenus libro 6 ex posterioribus Labeonis l. 66 D. soluto matrimonio 24, 3. In his rebus, quas praeter numeratam pecuniam doti vir habet, dolum malum et culpam eum praestare oportere Servius ait. ea sententia Publii Mucii est: nam is in Licinnia Gracchi uxore statuit, quod res dotales in ea seditione, qua Gracchus occisus erat, perissent, ait, quia Gracchi culpa ea seditio facta esset, Licinniae praestari oportere. Vgl. Arndts, civ. Schriften Bd. 1 S. 457.

11) Ueber die Verantwortlichkeit des Ehemannes in Bezug auf eine ihm versprochene Dos oder in dotem gegebene Forderung handelt Meyerfeld im rheinischen Museum für Jurisprudenz Bd. 7 n. 5. Vgl. Bechmann Bd. 2 S. 240 und Czyhlarz S. 263. Es gilt nicht als Verschuldung des Mannes, wenn er den Vater der Frau, sowie seine Frau selbst oder einen Dritten, welcher aus Liberalität gegen die Frau die Dos versprach, nicht zur Zahlung drängte, l. 33 D. de jure dotium 25, 3. Ulpianus libro 6 ad Sabinum ... recte Sabinus disposuit, ut diceret quod pater vel ipsa mulier promisit viri periculo non esse, quod debitor, id viri esse, quod alius, scilicet donaturus, ejus periculo ait, cui adquiritur: adquiri autem mulieri accipiemus, ad quam rei commodum respicit. Die Gefahr trägt der Mann freilich auch wenn ein Schuldner des Bestellers Zahlung versprach nur wenn er die Beitreibung unmittelbar nach der Fälligkeit der Forderung versäumte. Unbedingt steht der Mann für den Schuldbetrag ein, wenn er die Schuld novirt, l. 35 D. de

6. Nothwendige Verwendungen auf die Dotalobjekte mindern das Dotalvermögen von Rechtswegen, so daß sich die Erstattungspflicht um deren Betrag verringert. Dies bezieht sich nicht auf Verwendungen auf die Früchte und auch nicht auf die s. g. laufenden Verwendungen, d. h. solche, welche eine Last des Fruchtertrages bilden.[12]

Wegen nützlicher Verwendungen hat der Ehemann die Mandatsklage, wenn sie mit Einwilligung der Frau gemacht wurden, und die actio negotiorum gestorum, wenn deren allgemeine Voraussetzungen vorhanden sind.[13]

§ 23. d. Beweis bei der Dotalklage.

Der Kläger hat zu beweisen, daß eine Dos bestellt und daß der Fall der Rückforderung eingetreten ist.

Der Nachweis der Ertheilung eines Dotalversprechens an den Mann genügt zur Begründung des Anspruches auf Erstattung des Versprochenen, wenn der Mann für gehörige Beitreibung verantwortlich war. Derselbe befreit sich dann nur durch den Nachweis, daß er ohne seine Verschuldung nichts erhielt.

War der Mann nicht für die Beitreibung verantwortlich, so muß der Kläger die Auszahlung des Versprochenen beweisen. Dies namentlich, wenn der Kläger selbst oder sein Erblasser seinerzeit das Dotalversprechen geleistet hat und nun Rückerstattung des Betrages begehrt.

Nicht selten wird in den Ehepakten die Auszahlung der Dos im voraus in Erwartung derselben bezeugt, und es kann vorkommen, daß sie dann hinterher ausbleibt.

Dies veranlaßte Justinian zu der Bestimmung, daß Empfangsbekenntnisse in den Eheverträgen ohne Beweiskraft seien, wenn gegen

---

jure dotium 23, 3, ferner, wenn er sie erlassen hat, l. 49 D. eod. Vgl. übrigens Windscheid Bd. 2 § 500 Anm. 9; Czyhlarz S. 271 Anm. 5; Sternberg, Beiträge § 7.

12) l. 5 pr. D. de inpensis in res dotales factis 25, 1 ... dicitur necessarias impensas dotem minuere, l. 16 D. eod., § 37. J. de actionibus 4, 6, l. un § 5 C. de rei ux. act. 5, 13. Dernburg, Kompensation S. 105, Czyhlarz S. 276, Sternberg a. a. O. §§ 8 ff.

13) Die Behandlung der impensae utiles gegenüber den Dotalansprüchen ist bestritten, vgl. Czyhlarz S. 346 und S. 386. Justinian verordnet, daß sie mit der actio mandati eingeklagt werden, wenn sie mit Zustimmung der Frau gemacht waren, wenn dies nicht der Fall, mit der actio negotiorum gestorum, l. un. § 5 C. de rei ux. act. 5, 13. Zweifelhaft ist, ob ihretwegen ein Recht der Rückhaltung der Dos besteht, was man wegen der die Retention verwerfenden Aeußerungen Justinians verneint, sowie ob eine Kompensation ihretwegen stattfindet, was jedenfalls zu bejahen ist.

sie während der Ehe oder innerhalb gewisser Fristen nach Aufhebung der Ehe durch exceptio oder querella non numeratae dotis Protest erhoben sei. War dies versäumt, so wurden jene Bekenntnisse unanfechtbar.[1]

Das verfehlte gesetzgeberische Experiment Justinians wurde durch die Reichsgesetzgebung beseitigt.[2]

III. Schenkungen unter Ehegatten. Propter nuptias donatio.

§ 24. Die Schenkungen unter Ehegatten.[1]

Schenkungen unter Ehegatten sind nichtig.

Dies ist auffallend. Was scheint natürlicher, als Geschenke unter Ehegatten, um ihrer Liebe und Anhänglichkeit Ausdruck zu geben. Und dennoch sind dieselben verboten.

Es war die Freiheit der Ehescheidung, welche die römische Praxis und Gewohnheit dazu brachten, die Schenkungen unter Ehegatten als nichtig zu behandeln. Denn die Würde der Ehe wäre gefährdet gewesen, wenn man das Schauspiel hätte erleben können, daß der zärtlichere Gatte die Fortsetzung derselben durch Geschenke erkaufen mußte.[2]

Ohnehin haben die Ehegatten ihr Vermögen bei gesunden Verhältnissen thatsächlich gemeinsam; ein Bedürfniß, während der Ehe zu schenken, besteht daher in der Regel nicht. Soweit dies doch der Fall ist, sind Schenkungen zulässig.

1. Voraussetzungen des Verbotes sind:

a) Vornahme während der Zeit der Ehe. Nicht betroffen sind Schenkungen zwischen den künftigen Gatten, selbst wenn sie am

---

1) l. 3 C. de dote cauta 5, 15. l. 14 § 1 C. de non numerata pecunia 4, 30, nov. 100 cap. 1 und 2. Der Beklagte hat hiernach die Einrede während der Ehe und ein Jahr nach deren Auflösung, wenn die Ehe höchstens 2 Jahr bestand. Er hat sie noch drei Monate nach Auflösung der Ehe, wenn die Ehe über 2 Jahre, aber nicht länger als 10 Jahre bestand. Nach Ablauf von 10 Jahren der Ehe ist die Einrede nicht mehr gestattet. Dazu kommen Vorschriften für den Fall, daß der Mann bei Abschluß der Ehe minderjährig war.

2) Einführungsgesetz zur C.P.O. § 14 Ziff. 2 und § 17.

1) Tit. Dig. de donationibus inter virum et uxorem 24, 1, Cod. eod. 5, 16. Savigny, System Bd. 4 S. 165; A. Keyßer, Verbot der Schenkungen unter Ehegatten. Inauguraldissertation 1878; F. Hofmann in Grünhuts Zeitschrift Bd. 8 S. 286 und dort citirte.

2) l. 1 D. h. t. 24, 1. Ulpianus libro 32 ad Sabinum: Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. hoc autem receptum est, ne mutuo amore invicem spoliarentur donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate, l. 2, l. 3 pr. D. eod. Erörterungen über den Ursprung des Verbotes siehe bei Hofmann a. a. O.

Hochzeitstage vor der Ehe geschehen,[3] ebensowenig solche unter Geschiedenen, auch wenn sie sich später wieder verheirathen.[4]

Die Ehe muß gültig sein. Schenkungen an eine Konkubine sind nicht verboten.[5]

b) Es muß sich um *Schenkungen im engeren Sinne* handeln, d. h. um solche, welche eine *Bereicherung des Beschenkten* auf Kosten des Geschenkgebers bezwecken.[6]

c) Gesetzlich gebilligte Schenkungen sind unter anderem die zur Wiederherstellung eines zerstörten Gebäudes,[7] sowie solche, welche dem Ehemanne die Erlangung und Bekleidung von Ehrenstellen ermöglichen sollen.[8]

Allgemein sind *Schenkungen auf den Todesfall* gültig, da sie berechtigten Zwecken dienen und durch den Schenker jederzeit widerrufbar sind.[9] Verstattet sind auch Schenkungen divortii causa, d. h. zur Zeit und auf den Fall einer Ehescheidung.[10] Enthalten dieselben freilich ein Erkaufen der Einwilligung zur Ehescheidung, so sind sie als unsittlich nichtig.

2. Das Schenkungsgeschäft gilt nichts. Der Beschenkte erhält daher kein Eigenthum durch die Tradition des Geschenkten,[11] und der Geschenkgeber behält dessen Vindikation.[12] Schenkungsversprechen und Schulderlasse ferner sind ungültig.[13]

Soweit die Vindikation des Geschenkten nicht mehr möglich ist, hat der Schenker eine condictio sine causa auf die Bereicherung des Beschenkten.[14]

---

3) l. 27, l. 66 § 1 D. h. t. 24, 1.

4) l. 64, l. 35 D. h. t. 24, 1.

5) l. 3 § 1, l. 65 D. h. t. 24, 1.

6) l. 5 § 8 D. h. t. 24, 1. Ulpianus libro 32 ad Sabinum: Concessa donatio est sepulturae causa: nam sepulturae causa locum marito ab uxore vel contra posse donari constat et si quidem intulerit, faciet locum religiosum: hoc autem ex eo venit, quod definiri solet eam demum donationem impediri solere, quae et donantem pauperiorem et accipientem faciet locupletiorem.

7) l. 14 D. h. t. 24, 1.

8) l. 40—l. 42 D. h. t. 24, 1.

9) l. 9 §§ 2 ff. D. h. t. 24, 1.

10) l. 11 §§ 11 ff. D. h. t. 24, 1. R.G. Bd. 5 S. 153.

11) l. 3 §§ 10 ff. D. h. t. 24, 1.

12) l. 35 und l. 36 D. h. t. 24, 1.

13) l. 3 § 10, l. 5 §§ 1 ff. D. h. t. 24, 1.

14) l. 5 § 18 D. h. t. 24, 1, l. 55 D. eod. Paulus libro 6 quaestionum ... Videtur maritus, quamvis solvendo non sit, ex donatione locupletior effectus, cum pecunia mulieris res comparata exstet. respondi: locupletiorem esse ex donatione negari non potest: non enim quaerimus, quid deducto aere alieno

3. In Folge einer Oratio von Severus und Caracalla[15] konvalescirt die an sich nichtige Schenkung, wenn der Schenker, ohne widerrufen zu haben, vor dem Geschenknehmer in der Ehe verstirbt. Die Erben des verstorbenen Ehegatten können also in solchen Fällen nicht, wie dies früher Rechtens war, das Geschenkte zurückfordern.[16]

§ 25. Die propter nuptias donatio.[1]

Die propter nuptias donatio ist eine Gegendos. Sie bildet ein Vermögen, welches von Seiten des Mannes stammt, der Dos gleichwerthig ist, den Zwecken der Ehe dient, und der Frau zukommt, wenn die Ehe durch Schuld des Mannes getrennt wird.[2]

Auch dieses Institut stand geschichtlich in engstem Zusammenhange mit der Freiheit der Ehescheidung. Die Frau, welche ihr Mann ohne

liberum habeat sed quid ex re mulieris possideat. Der Zeitpunkt, nach welchem die Bereicherung bemessen wird, war in Rom die Litiskontestation, l. 7 pr. D. h. t. 24, 1, er ist nach der C.P.O. der Augenblick der Klageerhebung.

15) l. 32 § 2 D. h. t. 24, 1. Ait Oratio: „fas esse eum, qui donavit, poenitere: heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam ejus, qui donavit, durum et avarum esse", vgl. l. 3, l. 10 C. h. t. 5, 16. Ueber den Grundgedanken der Oratio vgl. Hofmann bei Grünhut Bd. 8 S. 298 und dort citirte.

16) Sehr bestritten ist, ob auch das nicht erfüllte Schenkungsversprechen konvalescirt? Hiergegen erklärt sich l. 23 D. h. t. 24, 1. Ulpianus lib. 6 ad Sabinum: Papinianus recte putabat orationem Divi Severi ad rerum donationem pertinere, denique si stipulanti spopondisset uxori suae, non putabat conveniri posse heredem mariti, licet durante voluntate maritus decesserit. Dafür aber ist Ulpian im 33. Buch desselben Werkes l. 32 § 1 D. eod. 24, 1: Oratio non solum ad ea pertinet, quae nomine uxoris a viro comparata sunt, sed ad omnes donationes inter virum et uxorem factas, ut et ipso jure res fiant ejus cui donatae sunt et obligatio sit civilis. Mit der letzteren Festsetzung stimmt Ulpians Ausführung bezüglich einer stipulirten Jahresrente: l. 33 pr. D. h. t. „puto quia in annuo quoque donatio vertitur, posse dici stipulationem confirmari ex senatus consulto, ebenso l. 33 § 2 D. eod. Wie die Stellen zu vereinigen sind, darüber gehen die Ansichten auseinander. Für richtig halte ich die Auffassung von Savigny, System Bd. 4 S. 109, welcher einen Widerspruch zwischen Papinian und Ulpian annimmt. Papinian bezog die Konvalescenz noch nicht auf bloße Schenkungsversprechen. Ulpian referirt diese Ansicht in der l. 23 ohne sie zu billigen, denn das „recte" bezieht sich nur auf das erste Glied des Satzes, die Konvalescenz der Schenkung körperlicher Sachen. In den späteren Theilen seines Werkes tritt er mit der Anerkennung der Konvalescenz der Schenkungsversprechen unumwunden hervor. Sie ist justinianisches Recht. Die ungloſſirte nov. 162 cap. 1 § 1 erklärt sich gleichfalls für die Konvalescenz der Schenkungsversprechen. Anders Puchta, kleine Schriften S. 332, ferner Schütze in Bekkers Jahrbuch Bd. 3 S. 442, F. P. Bremer im Archiv für civ. Praxis Bd. 51 n. 13.

1) Tit. Cod. de donationibus ante nuptias vel propter nuptias et sponsaliciis 5, 3, Syrisch-römisches Rechtsbuch, herausgegeben von Bruns und Sachau S. 264 und dort citirte Stellen; Warnkönig im Archiv für civ. Praxis Bd. 13 n. 1; Löhr daselbst Bd. 15 n. 20, Bd. 16 n. 1, und Francke dos Bd. 26 n. 4; H. Schott, die donatio propter nuptias. Inauguralabhandlung, München 1867.

2) Die Ansichten über das Wesen der propter nuptias donatio laufen sehr auseinander. Sie werden von Schott a. a. O. aufgezählt und kritisirt.

pekuniäre Nachtheile jederzeit verstoßen kann, ist ein Spielzeug seiner Laune und seines jeweiligen Gefallens. Eine ganz andere Stellung hat die Frau, wenn ihr der Ehemann für den Fall der schuldhaften Scheidung eine namhafte Summe erstatten muß.[3] Daher galt in der Volksansicht als vollberechtigte Gattin nur diejenige, welcher eine propter nuptias donatio verschrieben war.[4]

Noch zur Zeit Constantins war die donatio ante nuptias wirkliche Schenkung, deren Gegenstand eben deshalb vor dem Abschlusse der Ehe an die Frau zu Eigenthum zu übertragen war.[5] Später entwickelte sich dann unser Institut so, daß der Frau Vermögensobjekte verschrieben, keineswegs aber sofort ausgezahlt wurden.[6]

Diese Zuwendung hieß wohl noch donatio, war aber keine mehr. Sie war daher trotz des Schenkungsverbotes auch während der Ehe möglich. Justinian nannte sie demgemäß propter nuptias donatio, während sie früher ante nuptias hieß.[7]

Die hauptsächliche *sociale* Bedeutung der donatio lag in ihrer Funktion als *Ehescheidungsstrafe*. Um deswillen bürgerte sie die Sitte ein. Ihre *juristische Gestaltung* aber wurde durch die Idee bestimmt, daß sie eine *Gegendos* sei und wie eine Dos den Zwecken der Ehe diene.

Die Hauptsätze sind:

a) Die donatio soll der dos entsprechen. Während in Syrien der Mann nur die Hälfte des Betrages der dos als donatio zu verschreiben pflegte, war in Konstantinopel Sitte, daß die donatio der dos im Betrage gleichstand.[8] Justinian erhob das letztere zum Reichsgesetz.[9]

b) Der Vater des Sohnes ist verbunden, der Frau desselben eine donatio zu verschreiben, wie der Vater der Tochter dem Manne eine dos zu gewähren hat.[10]

---

3) Vgl. das syrische Rechtsbuch nach der Pariser Handschrift §§ 40 ff. bei Bruns a. a. O. S. 58.

4) l. 22 C. de nuptiis 5, 4. Si donationum ante nuptias vel dotis instrumenta defuerint, ... nullus aestimet ob id deesse recte alias inito matrimonio firmitatem vel ex eo natis liberis jura posse legitimorum auferri. a. 428.

5) Hierüber vgl. Schott a. a. O. S. 38 und dort citirte.

6) Schon zur Zeit der Abfassung des syrischen Rechtsbuches verschrieb man die donatio bloß, vgl. Bruns S. 58. Dies war namentlich in der justinianischen Zeit Sitte. l. 29 C. de jure dot. 5, 12, nov. 96 cap. 1.

7) l. 20 pr. C. de donat. 5, 3.

8) Römisch-syrisches Rechtsbuch S. 58 a. a. O. S. 58.

9) nov. 97 cap. 1.

10) l. 7 C. de dotis promissione 5, 11.

c) Der Frau steht wegen der donatio ein gesetzliches Pfandrecht zu.[11] Die ihr verschriebenen Immobilien sind unveräußerlich.[12] Geräth der Mann in Vermögensverfall, so kann die Frau die Verwaltung der donatio fordern, wie die der dos.[13]

d) Die donatio verblieb der Frau nicht bloß bei Scheidung durch Schuld des Mannes.[14] Sie wurde ihr auch häufig als Witthum für den Fall des Versterbens des Ehemannes in der Ehe verschrieben.[15]

Die propter nuptias donatio ist in Deutschland nicht recipirt. Wohl findet sich das Aussetzen eines Witthums in Eheverträgen für den Fall des Versterbens des Mannes in der Ehe. Dies unterliegt aber den Grundsätzen der römischen donatio propter nuptias nicht.[16]

IV. Ehescheidungsstrafen. Nachtheile der Wiederverheirathung.

§ 26. Ehescheidungsstrafen.[1]

Wer schuldhafterweise den Ehegatten verstieß oder ihm die Veranlassung zur Ehetrennung gab, erlitt im römischen Rechte Vermögensnachtheile. Sie treten im heutigen Rechte ein, wenn der Richter wegen Schuld des einen Theiles die Ehe scheidet.

1. Nach einer Verordnung von Theodosius und Valentinian aus dem Jahre 449 verlor im Falle der Scheidung die schuldige Ehefrau ihre dos an den Ehemann, und der schuldige Ehemann die donatio propter nuptias an die Frau.[2]

Justinian bestimmte für den Fall der Nichtbestellung einer dos oder donatio den Verlust eines Viertels des Vermögens des schuldigen Theiles bis zu 100 Pfund Gold.[3] Hierin besteht gemeinrechtlich

---

11) l. 12 § 8 C. qui potiores 8, 17.

12) nov. 61.

13) l. 29 C. de jure dotium 5, 12.

14) l. 8 C. de repudiis 5, 17. Francke im Archiv für civ. Praxis Bd. 26 n. 4.

15) Nach einer Verordnung von Leo müssen die Quoten von dos und donatio, welche für den Todesfall zugesagt sind, gleich sein. l. 9 und l. 10 C. de pactis conventis 5, 13. Sind Kinder aus der Ehe vorhanden, so erhalten sie Antheil an der Substanz.

16) Anderer Ansicht ist Windscheid Bd. 2 § 509.

1) Glück Bd. 27 S. 3; Ortloff in Ortloff, Heimbach und Vermehren, juristische Abhandlungen Bd. 2 Abh. 1 1857.

2) l. 8 C. de repudiis 5, 17.

3) l. 11 C. de repudiis 5, 17. Hieran schloß sich dann die Novellengesetzgebung nov. 22 cap. 15 und 16 und nov. 117 cap. 8 und 9.

vorzusweise die Scheidungsstrafe, da die donatio antiquirt, die dos weniger häufig ist als in Rom. Zu Grunde zu legen ist der Moment der Rechtskraft des Scheidungsurtheiles. Vorgängige dolose Verminderungen sind in Rechnung zu stellen.[4]

In Fällen des Ehebruches tritt Erhöhung der Strafe um ein Drittel ein.[5] [6]

Sind Kinder aus der Ehe vorhanden, so erhalten sie die Proprietät, der geschiedene Ehegatte aber den Nießbrauch und die Verwaltung.[7]

2. Die Ehefrau, welche auf die Kapitalabfindung verzichtet, kann richtiger Ansicht nach lebenslängliche standesgemäße Alimente fordern. Jedoch hat sich das Reichsgericht hiergegen erklärt.[8]

---

4) R.G. Bd. 11 S. 205. Dem Beklagten liegt auf Verlangen des Klägers Hergabe eines Verzeichnisses seines Vermögens und dessen eidliche Bestärkung ob. R.G. Bd. 15 S. 205 entscheidet mit Recht, daß die Strafe „nur in der Verbindlichkeit zur Zahlung des Werthes der Vermögensquote in Geld besteht", und stellt dahin, ob die Beschränkung auf 100 Pfund Gold obsolet sei.

5) Die Erhöhung um ein Drittel tritt nach nov. 117 cap. 8 § 2, cap. 9 §§ 4 und 5 ein auf Seiten der Frau wegen Ehebruchs, auf Seiten des Mannes dagegen nur wenn er in der gemeinschaftlichen Wohnung eine Konkubine gehalten oder in einem Hause des gemeinschaftlichen Wohnortes mit einer Konkubine zusammengewohnt hat. Ein anderer Fall der Straferhöhung nach der Novelle, wenn nämlich der Mann die Frau durch eine wissentlich falsch erhobene Kriminalanklage des Ehebruches beschuldigte, kann nicht mehr vorkommen, weil strafrechtliche Verfolgung des Ehebruchs erst nach Scheidung der Ehe statthaft ist. So R.G. Bd. 11 S. 204. Dort wird auch mit Recht die Ansicht verworfen, daß die Privatstrafe wegen Ehebruchs durch das Strafgesetzbuch beseitigt sei.

6) Ortloff, juristische Abhandlungen Bd. 2 S. 74 vertheidigt die Verjährung der Ehescheidungsstrafen in einem Jahre. Dies wäre zweckmäßig, läßt sich aber bei der positiven Natur der Verjährungsbestimmungen ohne gesetzliche Grundlage nicht annehmen, und wurde daher vom R.G. Bd. 12 S. 181 mit Recht zurückgewiesen.

7) l. 8 § 7 D. de repudiis 5, 17.

8) In Rom stand der Ehefrau kein klagbarer Anspruch auf Alimente während der Ehe zu, vgl. oben Bd. 3 § 6, Windscheid Bd. 2 S. 491 Anm. 2. Natürlich hatte sie hiernach in Rom auch keinen derartigen Anspruch nach der Ehescheidung. Die Frage ist aber, ob ihr ein solcher Anspruch heutzutage zusteht, nachdem anerkanntermaßen während der Ehe ein klagbarer Alimentationsanspruch besteht. Und diese Frage ist zu bejahen. Der Dolus des Ehemannes kann der Frau die Versorgung nicht entziehen. Dies hat auch die Praxis von jeher empfunden und überwiegend anerkannt. Das R.G. freilich Bd. 8 S. 186 hat sich für das Gegentheil entschieden. Allein seine Gründe sind unzulänglich. Es beginnt mit dem Satze: „Daß nach römischem Rechte die Alimentationsverbindlichkeit des Ehemannes mit der Scheidung der Ehe aufhört, ist unbestritten." Dies ist nicht richtig. Eine Alimentationsverbindlichkeit des Ehemannes bestand eben in Rom auch nicht während der Ehe, konnte also mit der Scheidung nicht „aufhören". Der erste Irrthum ist das Fundament weiterer. Das R.G. fährt fort, das römische Recht knüpft an die Schuld bei der Ehescheidung „nur gewisse Vermögensverluste zu Gunsten der Frau, die augenscheinlich einen Ersatz für die ihr aus der Scheidung erwachsenden Nachtheile im Ganzen bezwecken und eben deshalb die Annahme ausschließen, daß der Gesetzgeber an das Verhältniß des Ehemannes als des schuldigen Theils noch weitere Entschädigungspflichten habe knüpfen wollen". Hierüber ist zu bemerken: a) Nirgends findet sich eine Andeutung davon, daß der römische Gesetzgeber, indem er die Kapitalabfindungen vorschrieb, andere aus dem

3. Zuwendungen an den Gatten von Todeswegen gelten nur für den Fall der Dauer der Ehe bis zum Tode. Sie verlieren daher ihre Kraft durch die Ehescheidung, mag sie nun seitens des Honorirten verschuldet sein oder nicht.[9]

§ 27. Nachtheile der Wiederverheirathung.[1]

Die christliche Kaiserzeit mißbilligte eine neue Ehe, wenn Descendenten aus einer früheren vorhanden waren, vornehmlich bei Frauen, aber auch bei Männern. Daher trafen den Wiederheirathenden — parens binubus — zu Gunsten seiner Descendenten aus der früheren Ehe, die nicht undankbare waren, Vermögensnachtheile, wie auch andere Zurücksetzungen — poenae secundarum nuptiarum.

1. Nachtheile, welche sowohl den Vater als die Mutter treffen, sind:

a) Verlust der lucra nuptialia[2] an die Descendenten der früheren Ehe. Ehegewinn ist, was der Wiederheirathende als Gatte in Folge der früheren Ehe erworben hat, namentlich die dem Ehemanne aus der früheren Ehe verbliebene Dos, ferner Schenkungen und Erwerb von Todeswegen nach Gesetz oder letztem Willen.

Wesen des Verhältnisses sich ergebende Nachtheile habe ausschließen wollen. b) Die römischen Gesetze wissen allerdings von einem Anspruche der geschiedenen Frau auf Alimente nichts. Dies beweist aber nichts. Seitdem die Frau während der Ehe klagbare Ansprüche auf Alimente hat, können sie ihr durch den Dolus des Ehemannes nicht verkümmert werden. Daran ändert auch nichts, worauf das R.G. Gewicht legt, daß die Schuld des Mannes die Scheidung nicht direkt herbeiführt, sondern daß diese durch das Urtheil geschieht. Denn der Kausalnexus kann nicht bestritten werden. c) Nach den byzantinischen socialen Verhältnissen genügte im wesentlichen die Kapitalabfindung. Denn das Haupteinkommen war in jener Zeit das aus dem Kapitalbesitz. Ganz anders in Deutschland, wo Unzählige ohne nennenswerthes Kapital durch ihre Thätigkeit ein mehr oder minder reichliches Einkommen genießen. Muß es nicht demoralisirend wirken, wenn in solchen Fällen der ehebrecherische Mann in Fülle lebt und die unschuldige geschiedene Frau in Dürftigkeit verkommt? Diese Frage ist keine solche, daß es im Grunde gleichgültig ist wie entschieden wird, wenn nur ein festes Recht besteht. Sie hat hohe ethische und sociale Bedeutung. Möge sie daher das Reichsgericht von neuem in Erwägung ziehen und um der Gerechtigkeit willen von dem unzureichend motivirten Präjudiz zurücktreten.

9) l. 49 § 6 D. de leg. III; jedoch kann auch das Gegentheil beabsichtigt sein. l. 3 D. de auro 34, 2. Uebrigens sprechen die Quellen nur von Vermächtnissen und Schenkungen von Todeswegen. Neuere übertragen den Satz auf die Erbeinsetzungen. Arndts § 416 am Schlusse. Auch auf Ehe- und Erbverträge wird er anzuwenden sein.

1) Tit. Cod. de secundis nuptiis 5, 9 und si secundo nupserit 5, 10, an deren Stelle Novelle 22 trat. Ueber die Geschichte der poenae secundarum nuptiarum vgl. vorzugsweise Löhr im Archiv für civ. Praxis Bd. 16 S. 31; siehe ferner Marezoll in Lindes Zeitschrift Bd. 5 n. 23, Geiger in Lindes Zeitschrift Bd. 19 n. 7, Bangerow Bd. 1 § 227 Anm. 1.

2) Die lucra nuptialia behandelt Marezoll in Lindes Zeitschrift Bd. 3 S. 191. Bestritten ist unter anderem, ob auch die deutsche statutarische Erbportion der Wittwe

Die Descendenten erwerben diese lucra zu Eigenthum nach den Regeln, die für die Intestaterbfolge gelten, ohne Rücksicht darauf, ob sie Erben ihres verstorbenen parens geworden sind.[3]

Dem conjux binubus bleibt Nießbrauch und Verwaltung.

b) Der Ehegatte kann dem neuen Gatten nicht mehr von Todeswegen hinterlassen, als das wenigst begünstigte Kind der früheren Ehe von ihm von Todeswegen erhält.[4]

2. Nachtheile, die nur der Mutter zur Last fallen, sind:

a) Ist die Mutter gesetzliche Erbin eines Kindes der früheren Ehe, zugleich mit Geschwistern desselben, so reducirt sich ihr Erbtheil auf den bloßen Nießbrauch, während die Proprietät den Geschwistern des Verstorbenen oder deren Kindern anfällt.[5]

b) Die Mutter verliert mit der Wiederverheirathung die Fähigkeit zur Bekleidung der Vormundschaft über ihre Kinder[6] und das vorzugsweise Recht auf ihre Erziehung.[7] [8]

---

im Falle der Wiederverheirathung an die Kinder der früheren Ehe fällt? Ist dies auch im Zweifel anzunehmen, so ist es doch unrichtig, wenn Marezoll a. a. O. S. 96 eine Ausnahme nur anerkennt, wenn das Statutarrecht „ausdrücklich" das Gegentheil bestimme. Es kommt vielmehr in erster Linie auf den irgendwie erkennbaren Sinn und die Meinung des Statutarrechtes an. — In vielen Fällen erwerben die Kinder der früheren Ehe schon unmittelbar mit dem Tode des Parens das Eigenthum der lucra nuptialia, so daß der überlebende von vornherein nur Nießbrauch hat. Dann bringt dessen Wiederverheirathung in dieser Beziehung keine Veränderung hervor.

3) nov. 22 cap. 21 § 1, cap. 26 § 1.

4) nov. 22 cap. 27 und 28, l. 6 C. h. t. 5, 9. Das nähere im Erbrecht.

5) nov. 22 cap. 46. Streitfrage ist, ob dieser Nachtheil auch den Vater trifft. Hierfür sind viele neuere, z. B. Geiger a. a. O. S. 204, Windscheid Bd. 2 § 511 Anm. 9. Sie führen aus, das Gesetz rede zwar nur von der Mutter, aber nur deshalb, weil zur Zeit seines Erlasses nur die Mutter und nicht der Vater regelrecht ein Intestaterbrecht gegenüber seinem Kinde neben dessen Geschwistern hatte. Seit durch die Novelle 118 auch der Vater ein Intestaterbrecht neben den Geschwistern seines Kindes gewonnen habe, müsse dem Vater gegenüber die gleiche Norm gelten wie für die Mutter, obgleich Justinian eine entsprechende Bestimmung zu treffen vergessen habe. Hierin liegt eine kühne und wenig zweckmäßige Ausdehnung einer Singularität. Gegen dieselbe Marezoll in Lindes Zeitschrift Bd. 5 S. 397 und Wangerow a. a. O., insbesondere aber R.G. Bd. 4 S. 129.

6) Hierüber im Vormundschaftsrecht.

7) l. 1 C. ubi pupilli educentur 5, 49, nov. 22 cap. 38.

8) Meist werden noch weitere Nachtheile der neuen Ehe aufgezählt. Die Gesammtzahl steigt bei Geiger auf 9. Hierunter findet sich aber einiges, was selbstverständlich ist, z. B. daß das unter der Bedingung der Nichtwiederverheirathung Zugedachte im Falle der neuen Heirath ausfällt, sowie daß die zur neuen Ehe schreitende Frau die Würde und die Vorrechte des früheren Mannes verliert. Andere hierhergehörige Bestimmungen sind specieller Art, z. B. daß die Mutter die einem Kinde früherer Ehe gemachte Schenkung nur in ganz besonderen Fällen der Undankbarkeit widerrufen kann. Anderes endlich ist antiquirt oder doch nur in ganz seltenen Fällen praktisch. — Nicht gemeinrechtlich, aber weit verbreitet ist die Gewohnheit, wonach der überlebende parens sich beim Uebergang zur neuen Ehe mit seinen Kindern auseinanderzusetzen und die Feststellung ihres Vermögens unter Zuziehung eines

Der vorversterbende Ehegatte kann dem überlebenden die Vermögensnachtheile der Wiederverheirathung letztwillig erlassen. Doch ist dies streitig.[9] [10]

Kurators vorzunehmen hat. Vgl. preuß. Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 § 95 Abs. 1.

9) Die Streitfrage knüpft sich an die nov. 2 cap. 2. Bereits die Glossatoren haben die Rubrik aufgestellt: „Ut poenam hac lege secundis nuptiis constitutam conjuges testamento sibi remittere possint." Die gemeine Meinung schloß sich der Bejahung an; jedoch hat es an Widerspruch nicht gefehlt, vgl. Glück Bd. 24 S. 164, Windscheid Bd. 2 § 511 Anm. 16, Bangerow a. a. O. Man wendet ein, die bezüglichen Verordnungen seien Prohibitiv- und keine Dispositivgesetze, so daß man ihnen durch Testament oder Vertrag nicht derogiren könne. Aber wenn die Gesetze gegenüber dem parens binubus gebietend sind, müssen sie um deswillen auch dem vorversterbenden Ehegatten gegenüber einen zwingenden Charakter haben! Majer in Lindes Zeitschrift n. F. Bd. 5 n. 7 sucht durch eine sorgfältige, aber recht künstliche Interpretation der nov. 2 cap. 2 die gesetzliche Anerkennung des testamentarischen Erlasses wegzudeuten. Indessen, wenn es auch an einzelnen zweifelhaften Wendungen nicht fehlt, wie dies so oft in den Novellen der Fall ist, so spricht die Stelle unbefangen im Ganzen aufgefaßt für die Zulässigkeit des Erlasses. Dafür ist auch die überwiegende Praxis seit Jahrhunderten, die allerdings in neuerer Zeit erschüttert ist. Während man z. B. in Hannover lange der alten Tradition der Remissionsbefugniß folgte, vgl. Seuffert, Archiv Bd. 9 n. 300, hat die entgegengesetzte Ansicht später obgesiegt. Seuffert Bd. 31 n. 148. Fragen wir aber noch, welche Ansicht zweckmäßiger ist, die traditionelle oder die widersprechende der neueren, so ist davon auszugehen, daß der vorversterbende Ehegatte seine Dispositionen in der Regel so treffen wird, wie es dem Wohle seiner Kinder am besten entspricht, und daß dies Wohl nicht selten gerade dadurch gefördert wird, daß dem Ueberlebenden die Eingehung einer zweiten Ehe erleichtert wird.

10) Nur kurz ist hier der Strafen der Verletzung des s. g. Trauerjahres zu gedenken. In Rom sollte sich nämlich die Wittwe nach dem Tode ihres Mannes sowie nach einer Ehescheidung innerhalb eines Jahres nicht wieder verheirathen. Die Zuwiderhandlung wurde mit der Strafe der Infamie und schweren Vermögensnachtheilen belegt. Gleiche Strafe traf die Frau, welche innerhalb des Trauerjahres außerehelich konkumbirte und gebar. Das kanonische Recht hob die Strafe der Infamie für den Fall des Ueberganges zur weiteren Ehe innerhalb der Trauerzeit auf: cap. 4 X. de secundis nuptiis 4, 21. Die Praxis hat die römischen Strafen wegen Verletzung des Trauerjahrs in Folge dessen überhaupt nicht recipirt. Sie sind „allgemein in Vergessenheit gerathen". Mit Unrecht wollen sie gleichwohl manche neuere Theoretiker als gemeinrechtlich festhalten, soweit sie nicht durch das kanonische Recht besonders beseitigt sind. Vgl. über die Materie Geiger in Lindes Zeitschrift Bd. 19 S. 219. — Nach dem Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 35 dürfen Frauen erst nach Beendigung des zehnten Monats seit Beendigung der früheren Ehe eine weitere Ehe schließen. Das Hinderniß ist ein aufschiebendes; Dispensation ist zulässig.

Dritter Abschnitt.

Die väterliche Gewalt und das Elternrecht.

Erstes Kapitel.

Entstehung und Endigung der väterlichen Gewalt.[1]

§ 28. Eheliche Abstammung.

Eheliche Kinder treten mit der Geburt in die Gewalt ihres Vaters. In Rom erstreckte sich die Gewalt des Hausvaters — mittelbar — auch auf eheliche Abkömmlinge gewaltuntergebener Söhne.[2] Dem gemeinen Rechte ist eine derartige großväterliche Gewalt fremd.[2a]

Ehelich sind die in der Ehe durch die Ehegatten erzeugten Kinder, ferner aber auch in der Ehe von der Ehefrau geborene, welche der Ehemann vor der Ehe erzeugt hat.[3 4]

1. Von der Ehefrau am 182. Tage nach dem Eheschlusse und später im Laufe der Ehe geborene Kinder sind als der ehelichen Verbindung entstammend und als ehelich anzusehen.[5] Aus dieser Stellung

1) Vgl. Stölzel, das Recht der väterlichen Gewalt in Preußen, Separatabdruck aus dem Justizministerialblatt 1874.

2) § 3 J. de patria potestate 1, 9.

2a) R.G. Bd. 4 S. 151 führt aus, die väterliche Gewalt des Großvaters werde „heutzutage nicht leicht vorkommen".

3) Stintzing, Präsumtion der ehelichen Vaterschaft in Jherings Jahrbuch Bd. 9 n. 5; Fuchs, die Rechtsvermuthung der ehelichen Vaterschaft 1880.

4) Viele Schriftsteller, z. B. Windscheid Bd. 1 § 56 b, behaupten, der Beweis der Vaterschaft sei „unmöglich", weil es sich um Vorgänge handele, die sich in ein Geheimniß hüllen. Nichts ist ungegründeter. Ein strikter physiologischer Beweis ist nicht zu führen, aber die vom Gesetze geforderte „freie richterliche Ueberzeugung der Wahrheit" ist wohl zu gewinnen. Welche enge Grenzen hätte die Beweisbarkeit, wenn nur das bewiesen werden könnte, was vor Augen gestellt werden kann. Die eheliche Vaterschaft ist für die Regel durch die Geburt in der Ehe bewiesen, da Ehebruch eine abnorme, verhältnißmäßig seltene Thatsache ist. Es ist für die ungeheure Mehrheit der Fälle Wahrheit, was l. 5 D. de in jus vocando 2, 4. Paulus libro 4 ad edictum ausspricht: „pater is est, quem nuptiae demonstrant". Damit ist nur, was ohnedies anzunehmen wäre, zur Rechtsvermuthung erhoben.

5) l. 12 D. de statu hominum 1, 5. Paulus libro 19 responsorum erklärt: Septimo mense nasci perfectum partum jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis: et ideo credendum est eum, qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse. Dies würde nach römischer civiler Berechnung auf den 180. Tag hinführen. Aber die l. 3 § 12 D. de suis et legitimis 38, 16. Ulpianus libro 14 ad Sabinum entscheidet sich für den 182. Tag: De eo, qui centensimo octogensimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit et divus Pius pontificibus rescripsit justo tempore videri natum. Die letztere Zeitbestimmung ist gemeinrechtlich in Theorie und Praxis recipirt.

können sie nur durch gerichtliches Urtheil gedrängt werden, welches konstatirt, daß sie in der That nicht vom Ehemanne abstammen. Dies ist wie jede andere Thatsache durch überzeugende Gründe darzuthun. Die einleuchtendsten sind *Abwesenheit* des Ehemannes von der Frau während der ganzen Dauer der längstmöglichen Konceptionszeit, ferner dessen *Impotenz*. Aber auch andere Umstände, die eine volle richterliche Ueberzeugung hervorrufen, genügen, z. B. die Frau lebt an dem Orte ihres Ehedomicils, aber von ihrem Manne getrennt, in offenem Konkubinat mit einem Dritten.[6] Der Nachweis des Ehebruches der Frau während der Konceptionszeit allein reicht dagegen nicht hin, wenn die Frau mit ihrem Ehemanne lebte, da dann das Kind trotz des Ehebruches vom Ehemanne stammen kann.[7] Sollte aber das Kind offenkundig von anderer Race sein als die Eheleute, z. B. diese sind Weiße, das Kind ein Mulatte, so ist es illegitim.

Kinder, welche von der Ehefrau während der Ehe vor dem 182. Tage nach dem Eheschlusse geboren werden, gelten gleichfalls als ehelich, jedoch nur, solange der Ehemann deren Legitimität nicht bestreitet. Hat er die Vaterschaft einmal ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt, so ist er zu ihrer nachträglichen Verleugnung nicht mehr befugt.[8]

2. Als ehelich ist ferner das Kind zu erachten, welches durch die ehemalige Ehefrau *innerhalb* 300 *Tagen von Endigung der Ehe an* geboren ist. Gegenbeweis ist zulässig.

Der Nachweis, daß ein noch später nachgeborenes Kind ehelich

---

6) Die klassische Stelle ist l. 6 D. de his qui sui vel alieni juris sunt 1, 6. Ulpianus libro 9 ad Sabinum: Filium eum definimus, qui ex viro et uxore ejus nascitur. sed si fingamus afuisse maritum verbi gratia per decennium reversum anniculum invenisse in domo sua, placet nobis Juliani sententia hunc non esse mariti filium. non tamen ferendum Julianus ait eum, qui cum uxore sua adsidue moratus nolit filium adgnoscere quasi non suum. sed mihi videtur, quod et Scaevola probat, si constet maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente vel alia causa, vel si ea valetudine paterfamilias fuit, ut generare non possit, hunc qui in domo natus est, licet vicinis scientibus filium non esse. Manche wollen nur die Berufung auf Abwesenheit oder Impotenz gestatten, weil nur dann die „Unmöglichkeit" der Erzeugung durch den Ehemann dargethan sei. Dies steht aber im Widerspruch mit der angeführten Entscheidung, insbesondere den Worten „vel alia causa". Vgl. Fuchs a. a. O. S. 59. R.G. Bd. 12 S. 166 schließt gegen die Präsumtion, daß das am 182. Tage nach dem Eheschlusse geborene Kind in der Ehe erzeugt sei, den Gegenbeweis aus der mangelnden Reife des Kindes aus „in Anbetracht der Unsicherheit der aus derartigen Beweisen zu ziehenden Ergebnisse".

7) l. 12 § 9 D. ad legem Juliam de adulteriis 48, 5; Papinianus libro singulari de adulteriis ... non utique crimen adulterii, quod mulieri obicitur, infanti praejudicat, cum possit et illa adultera esse et impubes defunctum patrem habuisse.

8) Vgl. Fuchs a. a. O. S. 19, S. 37.

erzeugt sei, ist nicht schlechthin ausgeschlossen. Eine Vermuthung für seine Legitimität besteht aber nicht.[9]

Wer ist zur Bestreitung der Legitimität eines während der Ehe geborenen oder bis zum 300. Tage nachgeborenen Kindes befugt? In den Quellen ist nur von einer Anfechtung seitens des Ehemannes die Rede. Er ist in der Regel allein hierzu berechtigt. Ist er handlungsunfähig, so kann sein Vormund für ihn die Anfechtungsklage anstellen. Andere Interessirte sind — von Fällen einer Kollusion abgesehen — nur nach seinem Tode befugt, eine Frage zum gerichtlichen Austrag zu bringen, an der er zunächst ein Interesse hat, und auch dies nur, wenn er nicht seinerseits die Legitimität des Kindes anerkannte.[10]

3. Die Rechte ehelicher Kinder haben auch die in ungültiger oder nichtiger Ehe geborenen, wenn beide Ehegatten oder einer derselben die öffentlich geschlossene Ehe für gültig hielten,[11] — Putativehe.

§ 29. Legitimation.

Uneheliche Kinder erhalten die Rechte von ehelichen durch Legitimation. Diese geschieht:

a) durch Verheirathung der unehelichen Eltern — per matrimonium —.[1 2] Die Vaterschaft muß feststehen, sie wird vorzugsweise durch die Anerkennung des Vaters bekundet, kann aber auch anderweit bewiesen werden.[3]

---

9) Ziemlich schroff spricht sich aus l. 3 § 11 D. de suis et leg. 38, 16. Indessen steht fest, daß die Zeit der Schwangerschaft unter Umständen eine längere als 300 Tage ist, vgl. Fuchs a. a. O. S. 15. Es kann aber nicht gemeint sein, legitimen Kindern, weil sich ihre Geburt verzögert, die Rechte ehelicher zu nehmen.

10) l. 1 §§ 6, 12, 16, l. 2, l. 3 pr. D. de agnosc. liberis 25, 3.

11) cap. 2, 8, 14, 15; X. qui filii sint legitimi 4, 17. Das kanonische Recht forderte Eingehung der Ehe „in facie ecclesiae". Derzeit ist in der Regel Abschluß beim Standesbeamten erfordert.

1) Dieck, Beiträge zur Legitimation durch nachfolgende Ehe 1832; Wolf, Legitimatio per subsequens matrimonium 1881.

2) Im römischen Rechte bezog sich die Legitimation ausschließlich auf Konkubinenkinder — liberi naturales. Zunächst waren, um zur Ehe mit der Konkubine zu bestimmen, temporäre Verordnungen von Konstantin, Zeno und Anastasius erlassen worden, wonach wer mit einer Konkubine Kinder erzeugt hatte, sie durch Heirath mit der Mutter legitimirte. Justinian machte die s. g. legitimatio per subsequens matrimonium zu einem dauernden Rechtsinstitute in l. 10 C. de naturalibus liberis 5, 27, woran sich die l. 11 C. eod., ferner nov. 74 und nov. 89 cap. 8 anschlossen. Nach kanonischem Rechte kommt es für die Legitimation nicht mehr darauf an, ob die außereheliche Erzeugung in einem dauernden Konkubinat oder sonst geschah; l. 1 und 6 X. qui filii sint legitimi 4, 17. Dies ist gemeinrechtlich.

3) Dies führt mit Recht Wolf a. a. O. aus, aber er stellt an den Beweis

b) durch Reskript des Regenten auf Antrag des außerehelichen Vaters.[4] Der Antrag der Mutter oder des Kindes genügt, wenn der verstorbene Vater den Willen der Legitimation testamentarisch geäußert hat.[5]

Das Reskript ist Gnadensache.[6] Es soll nur ertheilt werden, wenn die Heirath mit der Mutter unmöglich oder unpassend ist, und wenn keine ehelichen Kinder des Erzeugers vorhanden sind.[7]

Das Kind erhält die Rechte eines ehelichen durch die Legitimation auch ohne seine Einwilligung; in die väterliche Gewalt tritt es aber nur in Folge seiner Zustimmung.[8]

---

solche Anforderungen, daß derselbe nur in den allerseltensten Fällen gelingen könnte. Nichts anderes muß nachgewiesen sein, als daß der Ehemann seiner späteren Frau in der Konzeptionszeit ihres vor der Ehe geborenen Kindes beigewohnt hat. Diese Momente genügen, um dem Richter die Ueberzeugung der Vaterschaft des späteren Ehemanns beizubringen. Dem Ehemann steht jedoch der Gegenbeweis offen, daß die spätere Frau in der kritischen Zeit auch mit anderen zu thun hatte.

4) Ueber diese Legitimation vgl. nov. 74 pr. cap. 1 und 2, nov. 89 cap. 9, Stölzel a. a. O. S. 10.

5) nov. 74 cap. 2 § 1, nov. 89 cap. 10, s. g. legitimatio per testamentum.

6) Die Ertheilung der Legitimation wurde vom Kaiser im alten deutschen Reich den s. g. Pfalzgrafen delegirt, eine Würde, welche unter anderem dem berühmten Pandektisten Samuel Stryk im Jahre 1672 verliehen wurde. Stryk theilt im usus modernus Pandectarum zu Tit. I 6 § 15 den bezüglichen Text der Bestallung mit. „Der mehrgedachte S. S. soll und mag auch Mann und Weibspersonen, edel und unedel — allein Fürsten, Grafen und Freiherrn ausgenommen — jung und alt, so außerhalb der heiligen Ehe geboren, sie seynd gleich von Ledigen einer oder zweier ehelich verheiratheten, zu nahe gesipten, befreundten oder verschwägerten Personen oder aus anderen in Rechten verbotenen Vermischungen, wie die alle sämmtlichen oder besonders geschehen und fürgangen oder immer Namen haben möchten erzeuget, legitimiren und ehelich machen" u. s. w. — Derzeit ist in Preußen vom Könige das Recht dem Justizminister delegirt, soweit es sich nicht um Führung eines adeligen Namens handelt.

7) Zu erwähnen sind zwei Streitfragen: a) Manche Juristen stellen die s. g. fictio retrotractiva auf, indem sie folgern, daß die Legitimation nur möglich sei, wenn die Eltern zur Zeit der Erzeugung hätten Eheleute sein können. Es ist dies willkürlich, vgl. Thibaut, Versuche I. n. 10. Dennoch hat diese Idee, wie Stölzel a. a. O. mittheilt, die Praxis des preußischen Justizministeriums wesentlich beeinflußt. Daher hat dasselbe unter anderem die Legitimation von in Blutschande erzeugten, ferner von Kindern eines katholischen Geistlichen versagt. b) Ob die Legitimation eines adulterinus statthaft ist, gehört zu den famosen Streitfragen des gemeinen Rechtes. Dafür ist namentlich Dieck a. a. O. S. 143, Vangerow Bd. 1 § 255 Anm. 2 S. 472. Aus der Bestallung, die in Anm. 6 mitgetheilt ist, geht hervor, daß die Legitimation im alten deutschen Reich auch auf incestuosi und adulterini erstreckt wurde.

8) Auch dies ist bestritten. Das justinianische Recht forderte die Einwilligung des Kindes zum Eintritte desselben in die Gewalt des Erzeugers, nov. 89 cap. 11. Das kanonische Recht stellt die Legitimation als die unmittelbare und nothwendige Folge der Ehe hin, cap. 6 X. qui filii sint legitimi 4, 17. Alexander III: Tanta est vis matrimonii, ut qui antea sunt geniti post contractum matrimonium legitimi habeantur. Hiernach erachteten die Kanonisten den Widerspruch des Kindes als nicht ausreichend, um die Legitimation zu hindern; Schulte, katholisches Eherecht S. 405. Beides vereinigt der im Texte entwickelte, von vielen neueren

Der Legitimirte gilt wie ehelich erzeugt nicht bloß im Verhältniß zum Vater, sondern auch zu den Verwandten des Vaters.

§ 30. Die Adoption.[1]

Die altrömische Adoption war ein Institut von religiöser und politischer Bedeutung. Sie hatte den Zweck der Erhaltung der Geschlechter. Ihr Wesen war daher *Eintritt des Adoptivkindes in die väterliche Gewalt und in die Agnatenfamilie des Adoptivvaters.*[2]

Die heutige Adoption hat einen rein bürgerlichen und Familiencharakter. Sie ist *Begründung eines Kindesverhältnisses* durch Rechtsgeschäft. Diese Umbildung wurde bereits im späteren römischen Rechte eingeleitet.

1. Seit alter Zeit zerfiel die Adoption Roms in zwei Hauptarten.

a) *Adoption im engeren Sinne* ist Kindesannahme eines *bisherigen Hauskindes*. Sie vollzieht sich durch persönliche Erklärungen des natürlichen und des Adoptivvaters vor Gericht in Gegenwart des Kindes, welches nicht widerspricht.[3]

b) Die *Arrogation* ist Kindesannahme eines *bisher gewaltfreien Menschen*. Ursprünglich bedurfte es einer Rogation beim Volke und eines Volksschlusses;[4] daher der Name. Später trat ein kaiserliches Reskript an die Stelle.[5] Dasselbe fordert den Antrag des Adoptivvaters und die Zustimmung des Adoptivkindes; wenn es minderjährig ist, Einwilligung der Vormundschaft. Vorgängige Prüfung der Legalität und der Sachgemäßheit der Arrogation hat stattzufinden. Unter anderem soll der Arrogirende 60 Jahre alt sein.[6] Wer einen

---

vertheidigte Satz. Mit Unrecht wirft man ihm Inkonsequenz vor. Er vermittelt vielmehr in zweckmäßiger Weise und wird den in Betracht kommenden Rücksichten gerecht. Anders Wolf a. a. O. Dort ist die neuere Litteratur angeführt.

1) Tit. Inst. de adoptionibus 1, 11, Dig. 1, 7, Cod. 8, 47.

2) l. 23 D. h. t. 1, 7.

3) In der klassischen Zeit vollzog sich die adoptio durch eine in jure cessio vor dem Prätor, wozu dann noch, um den filius von seinem natürlichen Vater los zu machen, mit Rücksicht auf Worte der 12 Tafeln, drei Mancipationen desselben kamen, Gajus Inst. I § 134. — Es ist anzunehmen, daß diese so künstliche Form erst in der republikanischen Zeit aufkam und daß ursprünglich die Adoptionen von homines alieni wie sui juris nur durch Volksschluß möglich waren. — Justinian ordnete die Form der Adoption im engeren Sinne neu unter Abschneidung der alten Weitläufigkeiten l. 11 C. h. t. 8, 47.

4) Gajus Inst. I § 99. Gellius noctes atticae V § 19.

5) l. 6 C. h. t. 8, 47.

6) l. 15 § 2 D. h. t. 1, 7.

Unmündigen arrogirt, muß ihm ein Viertel seines Vermögens auf den Todesfall zuwenden — quarta divi Pii.[7] [8]

2. Für beide Arten der Adoption ist hervorzuheben:

a) Der Adoptirende mußte in Rom ein Mann sein; Frauen konnten indessen zum Ersatze verlorener Kinder adoptiren.[9]

Gemeinrechtlich sind Frauen zur Kindesannahme fähig. Namentlich ist zulässig, daß Ehemann und Ehefrau zusammen adoptiren.[10]

b) Der Adoptirende muß 18 Jahr älter sein als das Adoptivkind, da man den Satz aufstellte, daß die Adoption ein Abbild der Natur sein solle.[11]

Der Adoption unehelicher Kinder durch den unehelichen Vater steht nichts im Wege. Sie ist gerade ein häufiger Fall.[12]

3. Bedingungen und Zeitbestimmungen läßt die Adoption nicht zu. Sie ist auch in dieser Hinsicht der Natur ähnlich.[13]

4. Die Wirkungen der Adoption gestalteten sich nach justinianischem Rechte sehr verschieden.

a) Die Arrogation gab dem Adoptivvater die väterliche Gewalt

---

7) Nach älterem Rechte war die Arrogation unmündiger Personen unzulässig. Dies änderte sich durch Antoninus Pius, Gajus Inst. I § 102. Doch war Sicherheit bezüglich der Herausgabe des Kindesvermögens zu stellen, und zwar an die, welchen dasselbe zugekommen wäre, wenn die Arrogation nicht stattgefunden hätte, l. 18 ff. D. h. t. 1, 7. Dazu kam die Verpflichtung der Hinterlassung der Quart des Vermögens des Adoptirenden. l. 2 pr. C. h. t. 8, 47.

8) In einigen gemeinrechtlichen Landestheilen ist jede Annahme an Kindesstatt an die landesherrliche Entscheidung gebunden, in anderen wird auch die Arrogation vor den Gerichten vollzogen; nur in einigen hielt man an der römischen Unterscheidung bezüglich der Form von Adoption und Arrogation fest. Vgl. Stölzel in Gruchots Beiträgen Bd. 23 S. 329.

9) § 10 I. h. t., l. 11, l. 5 C. h. t. 8, 47.

10) Stölzel, das Recht der väterlichen Gewalt S. 14.

11) § 4 I. h. t. 1, 11. Dem älteren Rechte gehörte dieses Erforderniß nicht an. Als sich Clodius behufs der Erlangung des Volkstribunates durch einen Plebejer adoptiren ließ, zugleich aber bemüht war, den Akt zu einer Farce zu machen, nahm er einen Jüngeren als er war zum Adoptivvater. Cicero pro domo 13, 14. Zur Zeit von Gajus war die Zulässigkeit der Adoption durch jüngere Personen Streitfrage. Gajus Inst. I § 106.

12) Meist lehrt man die Unzulässigkeit der Arrogation unehelicher Kinder des Adoptirenden. Die l. 46 D. h. t. 1, 7 erkennt die Zulässigkeit zwar in einem besonderen Falle an, dagegen verwirft Kaiser Justinus allerdings derartige Adoptionen in der l. 7 § 3 C. de naturalibus liberis 5, 27 und Justinian bestätigt dies nov. 74 cap. 3, nov. 89 cap. 7. Hierin lag jedoch sicher nicht der Gedanke, daß der Kaiser sich die Macht, Arrogationen Unehelicher vorzunehmen, entziehen wolle, sondern nur eine Proklamation dessen, was er bezüglich solcher Gesuche zu thun gedenke. Gemeinrechtlich läßt man daher derartige Arrogationen unbedenklich zu. Stölzel, väterliche Gewalt S. 15, vgl. R.G. Bd. 6 S. 171.

13) l. 34 D. h. t. 1, 7.

über das Adoptivkind und bewirkte dessen Eintritt in die Agnatenfamilie des Adoptivvaters.

b) Dasselbe galt bei der s. g. vollkommenen Adoption, wenn der leibliche Vater sein Kind einem leiblichen Ascendenten desselben zur Adoption giebt.

c) Ganz anders verhielt es sich bei der von Justinian geschaffenen unvollkommenen Adoption, wenn der leibliche Vater sein Kind jemandem zur Adoption gibt, welcher nicht Ascendent desselben ist. Diese Adoption bewirkte nichts anderes, als ein Intestaterbrecht des Kindes gegenüber dem Adoptivvater.[14]

d) Die Adoption durch eine Frau setzte den Adoptirten in das Verhältniß eines leiblichen Kindes zu seiner Adoptivmutter.[15]

Gemeinrechtlich sind die Verschiedenheiten erheblich abgeschwächt, jedoch keineswegs schlechthin beseitigt.

Gemeinsam ist nach deutscher Auffassung allen Arten der Adoption, daß sie ein persönliches Kindesverhältniß zwischen dem Adoptirenden und dem Adoptivkind und dessen Nachkommen begründet. Sekundär gesellt sich noch bei Arrogation und vollkommener Adoption die väterliche Gewalt hinzu, deren Fortbestehen jedoch keineswegs mehr Bedingung der Erhaltung des Kindesverhältnisses ist.

Die Adoption begründet heutzutage in keinem Falle Agnation mit den Agnaten des Adoptivvaters.[16]

§ 31. Beendigung der väterlichen Gewalt.

Bezüglich der Dauer der väterlichen Gewalt bestehen bei den indogermanischen Nationen zwei Grundsysteme, welche wir das römische und das germanische nennen können:

1. In Rom blieb die Familie unter der Gewalt des paterfamilias bis zu dessen Tode.[1] Ohne Zweifel wirthschaftete sie meist auch thatsächlich zusammen in demselben Hause, solange der Stammherr lebte. Zulässig war Emancipation, d. h. Entlassung aus der Gewalt durch

---

14) Die Unterscheidung zwischen der s. g. adoptio plena und minus plena hat Justinian in der l. 10 C. h. t. 8, 47 eingeführt.

15) l. 5 C. h. t. 8, 47.

16) R.G. Bd. 6 S. 171.

1) In Rom fielen die Enkel, wenn ihr Vater lebte und in der Gewalt seines Vaters gestanden hatte, nach dem Tode des Großvaters in die Gewalt ihres Vaters, pr. I quibus modis jus potestatis 1, 12. Dies ist nicht gemeinrechtlich, siehe oben § 28 Anm. 2a. — Dem Tode stand die capitis deminutio gleich. — Natürlich endigt die väterliche Gewalt auch durch adoptio plena, § 8 I. quibus modis jus 1, 12.

den Willen des Vaters. Sie geschah[2] entweder durch eine Erklärung des Vaters bei Gericht in Gegenwart des Kindes, welches nicht widersprach[3] — s. g. emancipatio Justinianea, oder — was wichtig war, wenn Vater und Kind an verschiedenen Orten wohnten — durch Reskript des Regenten auf Antrag des Vaters unter Zustimmung des Kindes — emancipatio Anastasiana.[4]

Die Emancipation war Gnade des Vaters; dieser behielt zur Entschädigung — als praemium emancipationis — die Hälfte des Nießbrauches an den Adventicien seines Kindes.

Emancipation in römischer Art ist in Deutschland nicht unzulässig, aber sehr selten.

2. Nach der germanischen Auffassung endigt die Gewalt des Vaters, wenn sein Kind fähig wird, sich selbst vorzustehen.

Dies gilt gemeinrechtlich nicht ohne weiteres als Folge der Volljährigkeit des Kindes. Die Beendigung tritt vielmehr — durch s. g. emancipatio Germanica oder Saxonica — ein:[5]

a) bei Söhnen mit Errichtung einer eigenen Wirthschaft — separata oeconomia. Sie liegt in der Betreibung eines selbständigen Gewerbes, in der Bekleidung eines öffentlichen Amtes und selbst darin, daß man eine Beschäftigung in dem Gewerbe eines anderen erhält, in der man seinen Lebensberuf findet. Großjährige kann der Vater an der Separation nicht hindern.

b) Bei Töchtern knüpft sich die Endigung der Gewalt an deren Verheirathung. Gemäß der heutigen socialen Verhältnisse ist auch die Endigung der Gewalt über die Tochter anzunehmen, falls sie ein selbständiges Gewerbe betreibt.

Von einem praemium emancipationis ist heutzutage keine Rede mehr.

In einigen Fällen endigt die Gewalt auch zur Strafe des Vaters wegen schwerer Verfehlungen desselben.[6]

---

2) Ueber die Form der Emancipation zur Zeit des klassischen Rechtes vgl. Gajus Inst. I § 132; Keller, Institutionen S. 204.

3) l. 6 C. de emancipationibus 8, 48.

4) l. 5 C. h. t. 8, 48.

5) Stölzel, väterliche Gewalt S. 17.

6) Zur Strafe erlischt die väterliche Gewalt wegen Aussetzung des Kindes l. 2 C. de infantibus expositis 8, 51, wegen Verkuppelung der Töchter l. 6 C. de spectaculis 11, 41 und wegen Eingehung einer blutschänderischen Ehe nov. 12 cap. 2. Daß der letztere Fall durch die Reichsgesetzgebung beseitigt sei, behaupten ohne zureichenden Grund Windscheid Bd. 2 § 525 Anm. 18 und Mandry, Reichsgesetze S. 230. Auch abgesehen von diesen Fällen kann das Vormundschaftsgericht bei schlechter Behandlung des Kindes die Endigung der väterlichen Gewalt beschließen. Denn der Umweg des römischen Rechtes, daß der Vater zur Emancipation „gezwungen wird" — l. 5 D. si a parente 37, 12 — ist dem heutigen Verfahren fremd.

Die Gewalt ruht, wenn der Vater zu ihrer Ausübung unfähig wird.[7] [8]

Zweites Kapitel.

Das Vermögensrecht der Hauskinder.[1]

§ 32. Geschichte des Rechtes des Hausvaters.

Nach altrömischem Rechte wurde alles dem Hausvater zu eigen, was seine Hauskinder erwarben.[2]

Natürlich hatten die Hauskinder, welche mit dem Vater wirthschafteten, bei dessen Lebzeiten in der Regel den Mitgenuß des väterlichen Vermögens, sie wurden auch bei dessen Tode von Rechtswegen dessen Erben, wenn sie nicht rechtsförmlich enterbt waren. Um deswillen behaupten manche ein Gesammteigenthum der freien Hausgenossen an dem Patrimonium des Hauses.[3] Dies mit Unrecht. Die rechtliche Gestaltung des Verhältnisses ist vielmehr auch hier scharf von dem zu scheiden, was die natürliche Beziehung von Vater und Kind und die Sitte mit sich bringt. Der Hausvater war der Alleineigenthümer des Vermögens des Hauses, die Kinder hatten keinerlei Recht an demselben.

Die starre Vermögenseinheit wurde dadurch gemildert, daß Hauskinder wie Sklaven nicht selten ein Sondervermögen — peculium[4] —

---

7) Gewisse Würden befreiten im späteren Rom von der väterlichen Gewalt. Unter diesen kommt nur noch die des Bischofs vor. Es ist aber der Bischof bei uns schon aus anderem Grunde gewaltfrei, weil er nämlich eine separirte Oekonomie hat.

8) Das Ruhen der väterlichen Gewalt im Falle der Geisteskrankheit des Vaters ist gemeinrechtlich anerkannt; die Römer, welche einseitig das Recht des Vaters betonten, wissen hiervon nichts. l. 8 D. de his, qui sui vel alieni juris 1, 6.

1) Mandry, das gemeine Familiengüterrecht Bd. 1 1871, Bd. 2 1876.

2) Gajus Inst. II § 87. Igitur, quod liberi nostri, quos in potestate habemus, item quod servi nostri mancipio accipiunt vel ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur vel ex aliqualibet causa adquirant, id nobis adquiritur: ipse enim, qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest.

3) Brinz, Pandekten 1. Aufl. Bd. 2 S. 1158.

4) Vgl. Mandry, über Begriff und Wesen des Pekulium 1869; Mandry, Familiengüterrecht Bd. 2 S. 1. Dort siehe S. 2 Anm. 1 die Litteratur über das Pekulium. Das Pekulium wird bei den Byzantinern und der Glosse sowie bei den neueren „profecticium“ genannt, d. h. das vom Vater stammende, im Gegensatze zu anderem Kindeserwerbe, dem „adventicium“, welches aber im justinianischen Rechte in Wahrheit kein „peculium“ mehr ist.

durch Konzession des Hausvaters erhielten. Auch dies Vermögen gehörte *rechtlich* ausschließlich dem *Hausvater*; er konnte es jederzeit einziehen; es bildete bei seinem Tode einen Bestandtheil seines Nachlasses. *Thatsächlich* aber unterstand es dem *Hauskinde*.[5]

Die wichtigste Konsequenz der Einräumung eines Pekuliums war, daß der Vater bis zum Betrage des Pekuliums aus den kontraktlichen Schulden des Hausuntergebenen mit der actio de peculio belangbar war.[6] Diese Haftung bezog sich keineswegs bloß auf Schulden, welche das Hauskind in Folge einer Ermächtigung des Hausvaters kontrahirt hatte, sondern auch auf diejenigen, die er ohne den Willen des Vaters, ja gegen dessen Verbot, eingegangen hatte.[7]

Obligationen zwischen den durch eine Gewalt verbundenen Personen waren klaglos, also bloß natürliche.[8]

Die alte Organisation des Hauses erhielt sich rein bis zum Anfang der Kaiserzeit. Von da an erfuhr sie allmählig Modifikationen.

1. Gewisse Vermögen erwirbt das Hauskind zu Eigenthum und zu eigener Verwaltung — freies Kindesgut. Dahin gehört das peculium castrense, d. h. der Erwerb des Hausſohnes in Folge des Kriegsdienstes, ferner das peculium quasi castrense, vorzugsweise Erwerb als Beamter, Advokat, Geistlicher, endlich die irregulären Adventicien, d. h. Erwerb des Kindes, welches nach besonderer Bestimmung von dem Nießbrauche und der Verwaltung des Vaters frei ist.

2. Hiervon abgesehen, wurde der Erwerb des Kindes, welcher nicht vom Vater stammt, zwar dem Kinde zu eigen, trat aber in den Nieß-

5) Das peculium wird von den Römern definirt als „veluti patrimonium filiorum filiarumque, item servorum“ § 10 I. de act. 4, 6; l. 47 § 6 D. de peculio 15, 1. Es ist Vermögen, welches thatsächlich der gewaltunterworfenen Person, rechtlich deren Gewalthaber gehört: Mandry, Familiengüterrecht Bd. 2 S. 6. Es entsteht nur durch die Konzession des Hausvaters: Mandry, Familiengüterrecht Bd. 2 S. 69.

6) Ueber die Pekulienklagen vgl. oben Bd. 2 S. 38 Anm. 6.

7) l. 17 § 4 D. de instit. a. 14, 3.

8) § 6 I. de inutilibus stipulationibus 3, 19, l. 2 pr. D. de contr. empt. 18, 1, l. 7 D. de obl. et act. 44, 7. Von der Pfordten, Abhandlungen n. 2. „Obligationen zwischen den durch väterliche Gewalt verbundenen Personen“, Mandry, Familiengüterrecht Bd. 1 S. 150. Gewöhnlich führt man die Ausschließung klagbarer Obligationen zwischen Hausgenossen auf die s. g. *Personeneinheit* zurück, die zwischen Hausvater und Hauskind bestehe. In der That finden sich Anklänge an diesen Gedanken in den Rechtsquellen. So sagt Justinian in der l. 11 § 1 C. de impub. substit. 6, 26: „cum et natura pater et filius eadem persona paene intelleguntur“ und § 4 I. de inut. stip. 3, 19: „quia vox tua tamquam filii sit, sicuti filii vox tamquam tua intellegitur in his rebus quae tibi adquiri possunt“. Wörtlich ist dies nicht zu nehmen. Es ist nichts gemeint, als daß das Haus *nach außen hin als eine Einheit gilt*, so daß die Streitigkeiten zwischen den Familiengliedern innerhalb desselben zu erledigen sind und nicht vor die Gerichte getragen werden können. Die neueren polemisiren meist gegen den Begriff der Personeneinheit. Vgl. die bei Arndts § 435 Anm. citirten.

brauch und in die Verwaltung des Vaters — reguläres Adventizgut oder unfreies Kindesgut.

In Deutschland traten weitere Veränderungen ein, welche dem Familiengüterrechte ein neues Gepräge gaben.

1. Ein Pekulium im römischen Sinne ist dem gemeinen Rechte unbekannt.

Natürlich kann auch nach heutigem Rechte der Hausvater seinem Kinde gewisse Theile seines Vermögens zur Verwaltung und zum Genusse überlassen. Es überträgt z. B. ein Vater seinem Sohne die Administration eines seiner Güter. Hierin liegt aber nichts anderes als Mandat und Vollmacht. Der Hausvater haftet also aus Geschäften, welche jener Haussohn zu den Zwecken der Gutsadministration vornahm, persönlich und keineswegs bloß bis zum Betrage des Werthes des Gutes, welches er ihm überließ, wie bei der Pekulienklage der Fall war. Dagegen steht er nur für Schulden ein, welche in den Kreis der Vollmacht des Hauskindes fallen, also z. B. keineswegs wegen etwaiger Börsenspekulationen jenes Hauskindes, während er mit der Pekulienklage auch hierfür belangbar war.[9]

2. Der Satz, daß zwischen den in einer Hausgewalt stehenden Personen klagbare Geschäfte nicht möglich seien, ist dem gemeinen Rechte fremd. Es kann daher das großjährige Hauskind selbständig und das minderjährige unter Zustimmung eines Pflegers mit seinem Hausvater klagbare Rechtsgeschäfte abschließen.[10] [11]

§ 33. Die Ausbildung des unfreien Kindesvermögens.[1]

Nach justinianischem Rechte gehört dem Hauskinde alles, was es nicht aus dem väterlichen Vermögen erwirbt; sein Hausvater aber hat

---

9) Daß das Pekulium im römischen Sinne nicht mehr „praktisch" sei, behauptet Savigny, Obl.R. Bd. 2 S. 52. Doch gehört auch diese Frage zu den bestrittenen. Eine Anwendung der actio de peculio oder gar der actio tributoria haben jedoch die Gegner nicht nachweisen können.

10) Allgemein anerkannt ist die Geltung von solchen Verträgen, welche zu einer Endigung der Gewalt führen, insbesondere von solchen über Gutsüberlassung. Aber die Praxis der meisten Gerichte geht weiter und verneint die „Personeneinheit" überhaupt. Stölzel, väterliche Gewalt.

11) Auch Schenkungen des Vaters an das Kind sind gemeinrechtlich gültig, da der Grundsatz weggefallen ist, aus dem deren Ungültigkeit im römischen Rechte folgte. Vgl. die bei Stölzel a. a. O. S. 25 Anm. 7 citirten. Diese Schenkungen sind je nach der Absicht des Vaters „freies" oder auch „unfreies" Kindesgut.

1) Tit. Cod. de bonis maternis et materni generis 6, 60, de bonis quae... liberis... adquiruntur 6, 61. Marezoll, Revision der Lehre von den s. g. Adventicien in Lindes Zeitschrift Bd. 8 n. 2, 6, 9.

in der Regel den Nießbrauch und die Verwaltung des Kindesvermögens.[2]

Dasselbe kann man daher zutreffend „unfreies Kindesgut“ nennen; gewöhnlich bezeichnet man es aber als „reguläres Adventizgut“ im Gegensatze zu dem aus der Substanz des väterlichen Vermögens in die Hand des Kindes gelangten profecticium.[3]

Noch im Beginne der christlichen Kaiserzeit gehörten die Adventicien des Kindes dem Hausvater. Aber Konstantin sicherte den Kindern den Anfall ihres Muttergutes für den Fall des Todes des Vaters. Anderer Kindeserwerb wurde später gleichgestellt. Allmählig entwickelte sich hieraus die Vorstellung, daß das Kind Eigenthümer der Adventicien sei und daß sich das Recht des Vaters auf Nießbrauch und Verwaltung beschränke.[4] [5] Immerhin wirkte die alte Auffassung in folgenden Sätzen nach:[6]

a) Der Vater ist berechtigt, einen dem Kinde angetragenen Erwerb, z. B. Erbschaften und Vermächtnisse, welchen dieses zurückweist, für sich in Anspruch zu nehmen.

Dies gilt als gemeinrechtlich.

b) Der väterliche Nießbrauch und die Verwaltung erlosch in Rom nicht schlechthin mit der Gewalt des Vaters. Er dauerte namentlich im Falle des Todes des Kindes fort, wenn der Vater nicht an dessen Erbschaft betheiligt war.[7]

Gemeinrechtlich endigt dagegen das Nießbrauchsrecht des Vaters unbedingt mit dessen Gewalt.[8]

---

2) § 1 I. per quas personas 2, 9, l. 6 pr. § 1 C. h. t. 6, 61.

3) Im Gebrauche ist auch der Name „peculium adventicium“. Gewiß wenig glücklich. Das peculium war im Eigenthume des Vaters, aber im Genusse des Kindes, das unfreie Kindesgut ist im Eigenthume des Kindes, aber im Nießbrauche und in der Verwaltung des Vaters, vgl. übrigens Marezoll a. a. O. S. 58.

4) Zuerst sicherte Konstantin den Kindern ihr Muttergut l. 1 C. h. t. 6, 60, l. 1 C. Theod. de bonis maternis 8, 18 vom Jahre 319, dann wurde durch die l. 2 C. h. t. 6, 60 Erwerb von der Mutterseite gleichgestellt, später auch Erwerb vom Ehegatten des Hauskindes l. 1 C. h. t. 6, 61.

5) Darüber, daß der Vater mindestens bis Theodosius II. Eigenthümer des Kindesgutes blieb, daß dies aber ein praecipuum aus der Erbschaft des Vaters für das Kind bildete und durch ein Veräußerungsverbot gegen Entfremdung seitens des Vaters gesichert war, vgl. Marezoll a. a. O. S. 73, Brinz 1. Aufl. Bd. 2 S. 1191.

6) l. 8 C. h. t. 6, 61.

7) Marezoll in Lindes Zeitschrift Bd. 13 n. 9: „Wie geht das väterliche Recht an den Adventicien verloren?“ Vangerow Bd. 1 § 236 Anm. 3, Brinz Bd. 2 S. 1197, Arndts § 433 vertreten für das römische Recht abweichende Ansichten.

8) Vgl. Arndts § 436.

§ 34. Das unfreie Kindesgut im einzelnen.

Der Vater hat am unfreien Kindesgut Nießbrauch[1] und Verwaltung.[2] Aber diese Befugnisse sind von den gewöhnlichem Begriffen des Nießbrauches und der Verwaltung wesentlich verschieden.[3]

1. Die Bewirthschaftung durch den Vater ist eine freiere; er darf wesentliche Veränderungen vornehmen. Eine Nießbrauchskaution hat er nicht zu leisten.[4]

2. Die Verwaltung des Kindesgutes geschieht aus eigenem Rechte, nicht in Vertretung des Hauskindes.[5]

An die Zustimmung seines Kindes ist der Vater daher nicht gebunden, auch wenn dieses großjährig ist; jedoch soll er die Einwilligung des großjährigen anwesenden Kindes bei Führung von Prozessen einholen.[6]

Rechnung muß der Vater seinem Hauskinde nicht legen, weil er die Verwaltung für eigene Rechnung führt. Aber wegen nachweisbarer Verschuldung haftet auch er.[7]

Dem Vater ist die Veräußerung der Substanz nicht gestattet, abgesehen von unnützen Sachen und wegen Schulden des Kindes.[8]

Es ist übrigens nicht zu bezweifeln, daß der Vater unter Einwilligung des großjährigen Kindes veräußern kann. Und eine Ver-

1) l. 1 ff. C. h. t. 6, 60, l. 6 § 1 C. h. t. 6, 61.

2) l. 6 § 2a C. h. t. 6, 61. Justinianus: Et gubernatio earum sit penitus impunita et nullo modo audeat filius familias vel filia vel deinceps persona vetare eum, cujus in potestate sunt, easdem res tenere aut quomodo voluerit gubernare.

3) Marezoll a. a. O. S. 362.

4) l. 8 § 4d C. h. t. 6, 61: „paterna reverantia eum excusante et a ratiociniis et a cautionibus".

5) Marezoll a. a. O. S. 372.

6) l. 8 § 3 C. h. t. 6, 61 spricht von Mündigen, nach heutigem Rechte kann es sich nur um Großjährige handeln. Es ist nur von Prozessen die Rede, welche eine dem Kinde angefallene Erbschaft betreffen. Dies ist aber nicht als Singularität für Erbschaften, sondern als allgemeine Regel zu erachten. Anderer Ansicht Marezoll a. a. O. S. 382; dagegen siehe Arndts § 432 Anm. 4; vgl. auch Windscheid Bd. 2 § 517 Anm. 7.

7) In l. 1 C. h. t. 6, 60 bestimmt Konstantin für das Muttergut des Kindes: „parentes omnem debent tuendae rei diligentiam adhibere". Dies ist auf alle Adventicien zu beziehen, l. 8 § 4a und § 4d C. h. t. 6, 61. Vgl. Arndts § 432 Anm. 3, Windscheid Bd. 2 § 517 Anm. 5; Marezoll a. a. O. S. 388 will die Haftung für Diligenz auf die bona materna beschränken.

8) l. 8 §§ 4 und 5 C. h. t. 6, 61. Die Kinder können das ohne gesetzlichen Grund veräußerte vindiciren. Erst von Endigung der Gewalt an läuft eine dreißigjährige Verjährung gegen ihre Vindikation. — Ueber Forderungen des Kindes kann der Vater verfügen, siehe Stölzel a. a. O. S. 31.

äußerung wegen Nutzens, unter Zustimmung eines zu diesem Zwecke bestellten Kurators des minderjährigen Kindes, ist gleichfalls als gültig anzusehen.[9]

3. Gemäß deutscher Rechtsauffassung hat der Vater die natürliche Vormundschaft über seine minderjährigen Kinder. In Gemäßheit derselben kann er solche Kinder persönlich durch Geschäfte zu deren Nutzen verpflichten,[10] ferner für dieselben auf angetragene Erbschaften verzichten.

4. Der Nießbrauch des Hausvaters ist der Ausübung nach abtretbar. Die Nutzungen des Kindesvermögens können daher von den Gläubigern des Vaters in Anspruch genommen werden. Sie fallen in die Konkursmasse, wenn über das Vermögen des Vaters Konkurs eröffnet wird. Der Vater kann aber aus ihnen die Mittel zu seinem Unterhalt und zu dem seiner Kinder beanspruchen.[11]

5. Wegen ihres Muttergutes hatten die Hauskinder nach römischem Rechte eine Generalhypothek am Vermögen des Vaters,[12] wovon im praktischen Rechte wenig übrig ist. Nach der Konkursordnung haben sie aber wegen der regulären Adventicien ein Vorrecht im Konkurse ihres Vaters.[13]

§ 35. Das freie Kindesvermögen.

Mehrere Bestandtheile des Kindesvermögens sind frei von dem Nießbrauche und der Verwaltung des Hausvaters. Für sie alle gilt, daß was sich aus ihnen entwickelt und mit ihnen vom Kinde erworben wird, in die gleiche Rechtslage tritt.

1. Freies Kindesvermögen ist vor allem das peculium castrense,[1] d. h. der Erwerb des Hausſohnes als Soldat.[2] Zuerst erhielt der

9) Die Hauskinder können unter Einwilligung des Vaters ihre Adventicien unter Lebenden veräußern, l. 8 § 5 C. h. t. 6, 61. Hieraus ist zu folgern, daß auch der Vater mit Zustimmung des Kindes veräußern darf. Dagegen erklärt sich Marezoll a. a. O. Aber nur das ist richtig, daß, wenn der Vater solchergestalt veräußert, der Erlös Adventizgut wird. Vgl. Seuffert, Archiv Bd. 8 n. 60; Windscheid Bd. 2 § 517 Anm. 14.

10) R.G. Bd. 15 S. 192 und 197.

11) K.O. § 1 Abs. 2. Dies muß auch gegenüber Einzelexekutionen gelten.

12) l. 8 § 4 C. de secundis nuptiis 5, 9, l. 6 § 4 C. h. t. 6, 61. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 376.

13) K.O. § 54 Ziff. 5.

1) Tit. Dig. de castrensi peculio 49, 17. Cod. 12, 336. Eine besonders gründliche Monographie ist Fitting, das castrense peculium 1871.

2) l. 11 D. h. t. 49, 17. Macer libro 2 de re militari: Castrense peculium est, quod a parentibus vel cognatis in militia agenti donatum est vel quod

Hausſohn durch Auguſtus die Befugniß, über ſolchen Erwerb letztwillig zu verfügen;[3] ſpäter erlangte er die unbeſchränkte Verfügung über denſelben; ſchließlich erkannte man ihn als freien Eigenthümer an.[4]

Dies galt als Begünſtigung des Soldatenſtandes, hatte aber ſeinen tieferen Grund darin, daß der Berufsſoldat durch den Dienſt von Hauſe getrennt und, oft in weiter Ferne ſtationirt, ſelbſtändig wirthſchaften mußte. Auf ſeine Verhältniſſe paßte daher die auf das Zuſammenleben und die gemeinſame Arbeit der Glieder des Hauſes gegründete alte Familienverfaſſung nicht mehr.

Zum peculium castrense gehörten Sold und Beute des Soldaten, das zu ſeiner militäriſchen Ausſtattung gewährte, ferner Zuwendungen von Kommilitonen, endlich auch Erbſchaften ſeitens ſeiner Frau.[5]

2. Denſelben Charakter erhielt ſeit der chriſtlichen Kaiſerzeit das peculium quasi castrense, der Erwerb als Staatsbeamter, Advokat oder Geiſtlicher, da alle dieſe Perſonen Namen, Ehre und Rechte der Soldaten erhielten, nicht minder das vom Regenten oder der Regentin geſchenkte, da dies als nach beſten Rechten verliehen galt.[6] [7]

3. Freies Kindesgut bilden endlich die irregulären Adventicien, in Folge von Geſetzen Juſtinians.[8]

Sie entſtehen durch liberale Zuwendungen von Dritten an das Kind, die unter Ausſchluß des Nießbrauches und der Verwaltung des

---

ipse filiusfamilias in militia acquisiit, quod nisi militaret adquisiturus non fuisset. nam quod erat et sine militia adquisiturus id peculium ejus castrense non est. l. 1 C. h. t. 12, 36, l. 8 D. h. t. 49, 17.

3) pr. I. quibus non est permissum 2, 12, Ulp. fragm. XX § 10.

4) Nach Hadrian wurde der Sohn als Eigenthümer des peculium castrense angeſehen, Fitting a. a. O. S. 131. Starb aber das Hauskind ohne Teſtament, ſo galt das Vermögen in Gemäßheit des alten Rechtes doch als dem Vater verblieben, l. 2, l. 14 pr., l. 19 § 3 D. h. t. 49, 17. In Gemäßheit der Novelle 118 änderte ſich auch dies, und vererbt ſich dies Vermögen in Ermangelung eines Teſtamentes nach den Regeln der gewöhnlichen Inteſtaterbfolge.

5) l. 13 D. h. t. 49, 17.

6) Ueber die Entſtehung des peculium quasi castrense vgl. Fitting S. 416, über den Umfang Fitting S. 447.

7) Die gemeinrechtliche Gewohnheit behandelt, über das römiſche Recht weit hinausgehend, aber dem modernen Rechtsbewußtſein entſprechend, als peculium quasi castrense alles, was ein Hauskind durch perſönliche, nicht rein manuelle oder handwerksmäßige Thätigkeit außerhalb des väterlichen Gewerbes erwirbt. Siehe Fitting S. 628. In unſerem Jahrhundert wurde dieſe Gewohnheit freilich überwiegend von den Theoretikern als nicht quellenmäßig verworfen. Siehe Fitting a. a. O. S. 630.

8) Buchholtz, Fälle der extraordinären Adventicien in Lindes Zeitſchrift Bd. 14 n. 11.

Vaters erfolgen,[9] ferner durch den Verzicht des Vaters auf Nutzung und Verwaltung.

Nach positiver Bestimmung gehört auch hierher, was das Hauskind von einem seiner Geschwister ab intestato ererbt hat, wenn der Vater Miterbe war. Dann soll sich nämlich der Vater mit seinem Erbtheil begnügen.[10]

Der großjährige Hausſohn verwaltet das irreguläre Adventizgut persönlich; für den minderjährigen ist ein Kurator zu bestellen. Dies kann auch der Vater sein. Er handelt dann aber als Vormund und Vertreter des Kindes, nicht kraft väterlichen Rechtes.

Ueber seine irregulären Adventicien kann das Hauskind nicht testiren, wohl aber über sein peculium castrense und quasi castrense.

Drittes Kapitel.

Rechte und Pflichten der Eltern.

§ 86. Rechte bezüglich der Person des Kindes.

Im alten Rom war die Person des Kindes der Gewalt seines Hausvaters unbedingt unterworfen, Leben und Tod stand in dessen Hand, nicht minder das Recht zum Verkaufe des Kindes.

Im jüngsten römischen Rechte blieb hiervon nur die Befugniß des Hausvaters zu mäßiger Züchtigung des Hauskindes[1] und zum Verkaufe von Neugeborenen aus Noth.[2]

Gemeinrechtlich ist es Elternrecht, die Kinder zu erziehen und zu leiten. Hieraus ergeben sich ihre Befugnisse über die Person des Kindes. Die väterliche Gewalt als solche hat in dieser Richtung keine besondere Bedeutung mehr.

In erster Linie hat der Vater die Erziehung, auch wenn er die

9) Nov. 117 cap. 1. Die bloße Ausschließunge vom Nießbrauch nimmt dem Vater noch nicht das Recht der väterlichen Verwaltung, R.G. Bd. 10 S. 149.

10) Nov. 118 cap. 2.

1) l. 3, l. 4 C. de patria potestate 8, 46. In schwereren Fällen kann der Vater bei der Obrigkeit härtere Bestrafung, insbesondere Unterbringung in Besserungsanstalten beantragen.

2) l. 2 C. de patribus qui filios distraxerint 4, 43. Burchardi, das gemeinrechtliche Erziehungsrecht im Archiv für civ. Praxis Bd. 8 n. 8.

Gewalt über das Kind nicht haben sollte, in zweiter Linie hat sie die Mutter. Diese aber geht in der Regel dem Vater vor, wenn er die Schuld einer Scheidung der Ehe hat,[3] nicht minder, wenn sein Lebenswandel das Wohl des Kindes gefährden würde.[4]

Das Erziehungsrecht begreift grundsätzlich die religiöse Erziehung des Kindes in sich. Nach dem 14. Jahre — dem s. g. Unterscheidungsjahre — kann das Kind aber sein religiöses Bekenntniß selbständig bestimmen.[5]

Die Klage auf Gestattung der Wegführung des Kindes und dessen Auslieferung — das interdictum de liberis exhibendis et ducendis —, welche zunächst dem Hausvater zustand,[6] gebührt derzeit demjenigen der Eltern, welcher das Erziehungsrecht hat.[7] Der Beklagte kann sich auf Verträge, durch welche ihm die Erziehung überlassen wird, nur berufen, wenn sie dem Kinde von Nutzen sind.[8]

§ 37. Gegenseitige Alimentationspflicht von Ascendenten und Descendenten.[1]

Daß Eltern ihre Kinder im Bedürfnißfalle zu erhalten haben, lehrt Natur und Instinkt, und daß die Kinder ihre Eltern in Fällen der Noth nicht im Stiche lassen, ist Pflicht der Dankbarkeit und Pietät. Aehnliche Verbindlichkeiten haben entferntere Ascendenten und Descendenten gegeneinander.

Seit der Kaiserzeit wurden diese Pietätspflichten extra ordinem klagbar. Dabei war die nähere Festsetzung vom konkreten Falle und

---

3) Nov. 117 cap. 7. Die Regel ist keine unbedingte. Das Vormundschaftsgericht bestimmt nach seinem Ermessen im Interesse des Kindes. Es kann daher auch dem schuldigen Theile die Erziehung überlassen, wenn derselbe hierzu fähiger erscheint, l. un. C. divortio facto 5, 24.

4) l. 1 § 3 D. de liberis exhib. 43, 30.

5) Daß in gemischten Ehen die Religion des Vaters bis zu den Unterscheidungsjahren entscheide, nahm der Friedensexekutionskongreß zu Nürnberg vom Jahre 1650 mit Zustimmung der katholischen und evangelischen Stände an. Glück Bd. 2 S. 225. Der Begriff der Unterscheidungsjahre wurde reichsgesetzlich nicht festgestellt und blieb gemeinrechtlich bestritten; meist nahm man an, daß das 14. Jahr das maßgebende sei.

6) Tit. Dig. de liberis exhibendis 43, 30. Vgl. die bei R.G. Bd. 10 S. 115 citirten.

7) Vgl. l. 2, l. 3 C. de liberis exhibendis 8, 8.

8) Weiter geht in der Annahme der Unverbindlichkeit derartiger Verträge R.G. Bd. 10 S. 114.

1) Tit. Dig. de agnoscendis et alendis liberis 25, 3; Puggé im rhein. Museum Bd. 3 S. 559; Reinhard in Lindes Zeitschrift Bd. 13 n. 5; Mandry, Familiengüterrecht Bd. 1 S. 246; Pernice in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte n. F. Bd. 5 S. 22.

dem Befunde der Umstände abhängig. Die Normen blieben daher vielfach flüssige.

Gemeinrechtlich werden die Alimente in derselben Weise wie ein gewöhnlicher Geldanspruch eingeklagt. Es haben sich festere Regeln gebildet, aber die besondere Lage des Falles ist immer noch zu würdigen und zu beachten. Sonst wird leicht, was höchste Billigkeit sein sollte, rücksichtslose Härte.

1. In welcher Reihenfolge die Ascendenten verbunden sind, ist streitig. Natürlicherweise liegt die Alimentationspflicht zunächst den unmittelbaren Eltern ob, und zwar in erster Linie dem Vater, in zweiter der Mutter. Nur in Ermangelung leistungsfähiger Eltern sind die Großeltern verbunden. Zwischen den väterlichen und den mütterlichen Großeltern ist kein Unterschied zu machen.[2]

Andererseits haben auch die Ascendenten zunächst ihre näheren und dann erst ihre entfernteren Descendenten in Anspruch zu nehmen.

Mehrere in gleicher Linie Pflichtige haften solidarisch.[3] Doch fordert die Billigkeit des Verhältnisses, daß, wer die Last zunächst trägt, seinen Rückgriff gegen diejenigen nehmen kann, welche wie er verpflichtet waren.

2. Vorausgesetzt ist die Bedürftigkeit des Klägers, also Armuth und Arbeitsunfähigkeit, oder doch unverschuldete Verdienstlosigkeit desselben.[4]

Durch grobe Verletzung der Kindes- oder der Elternpflicht wird der Anspruch verwirkt.[5]

Die Alimente sind standesgemäß zu gewähren.

3. Der Beklagte muß zur Reichung der Alimente im Stande sein, sei es aus seinem Vermögen, sei es auch aus seinem Verdienste. Aber nur zu Gunsten unmündiger Kinder ist die Verpflichtung eine

---

2) l. 5 §§ 1 ff. D. h. t. 25, 3. Eine bestimmte Ordnung der Pflichtigen hat sich in Rom nicht ausgebildet. Die Grundsätze des Textes hat das R.G. Bd. 4 S. 151 angenommen und insbesondere die Ansicht verworfen, daß der väterliche Großvater vor dem mütterlichen hafte.

3) Mandry a. a. O. S. 256 nimmt an, daß mehrere in gleicher Linie Verpflichtete „gemeinsam" in Anspruch zu nehmen seien, so daß der einzelne nach Verhältniß seines Vermögens und seiner Leistungsfähigkeit beizutragen hätte. Dagegen hat sich das R.G. Bd. 4 S. 151 für solidarische Verhaftung jedes einzelnen erklärt. Da sich die Quellen über die Frage nicht aussprechen, wird es bei der Entscheidung des Reichsgerichts sein Bewenden behalten müssen.

4) l. 5 § 7 D. h. t. 25, 3.

5) l. 5 § 11 D. h. t. 25, 3, l. 4 C. de alendis liberis 5, 25. R.G. Bd. 5 S. 156. Die ältere, nicht quellenmäßige Annahme, daß unwürdige Verwandte wenigstens auf nothdürftige — naturalia — wenn auch nicht auf standesgemäße Alimente — civilia — Anspruch hätten, wird in der neueren Zeit allgemein verworfen.

unbedingte. Hiervon abgesehen muß dem Beklagten so viel gelassen werden, daß er nicht selbst Mangel zu fürchten hat.[6] [7]

Die Verpflichtung ist höchstpersönlich. Die Erben des Pflichtigen bleiben jedoch bei äußerster Dürftigkeit des Berechtigten haftbar.[8]

§ 38. Alimentationsansprüche unehelicher Kinder gegen ihren Erzeuger.[1]

Nach altem römischen Rechte hatten die unehelichen Kinder keinerlei Ansprüche gegen ihren Erzeuger. Sie galten wie ohne Vater geboren.

Das änderte Justinian zu Gunsten der Konkubinenkinder — der liberi naturales —, indem diese ein Recht auf Alimente gegen den Erzeuger erhielten. Die gemeinrechtliche Praxis erweiterte dies dahin, daß sie allen unehelichen Kindern Anspruch auf Alimente gegen ihren Erzeuger gewährte.[2] [3]

Dies mit gutem Grund. Wer ein Kind erzeugt, muß es ernähren. Es widerspricht der Gerechtigkeit, wenn er die Folgen seines Thuns ausschließlich der Mutter und eventuell der bürgerlichen Gesellschaft aufbürdet.

Der Rechtsgrund ist also nicht,[4] wie man seit dem vorigen Jahr-

---

6) R.G. Bd. 5 S. 160.

7) Man streitet darüber, ob der Kläger die Leistungsfähigkeit des Beklagten beweisen müsse, oder ob der Beklagte seinerseits seine Unfähigkeit darzuthun hätte. Das R.G. Bd. 4 S. 154 hat sich für das letztere erklärt, „weil die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten Voraussetzung des Alimentationsanspruches sei". So richtig diese Bemerkung ist, so unhaltbar ist der an dieselbe geknüpfte Schluß. Nicht jede Voraussetzung des Klagerechtes muß vom Kläger bewiesen werden. Es handelt sich um einen Anspruch, welcher „ex aequitate descendit caritateque sanguinis", l. 5 § 2 D. h. t. 25, 3. Dieser Billigkeit und Blutsfreundschaft entspricht es aber nicht, wenn der Beklagte einen Beweis über die eigenen Vermögensumstände fordert, welche er allein ausreichend kennen und die er leicht offen legen kann.

8) l. 5 § 17 D. h. t. 25, 3.

1) Die Litteratur siehe bei Roth, deutsches Privatrecht Bd. 2 § 171 Anm. 1 S. 367.

2) Nov. 89 cap. 12 § 6, cap. 13 und 15. Spangenberg im Archiv für civ. Praxis Bd. 1 n. 5.

3) Der Art. 340 des code civil enthält das altrömische Princip: „La recherche de la paternité est interdite." Die Folgen sind beklagenswerthe! Die Zahl der unehelichen Kinder ist in Paris auf 25% gestiegen.

4) Vertreter der Deliktstheorie sind u. a.: Dunze im Archiv für civ. Praxis Bd. 12 n. 7; Puchta, Pandekten § 416; auch Windscheid Bd. 2 § 415 Anm. 18. Derselbe führt aus, der Beischlaf mit der Mutter in der Konceptionszeit ergebe keinen „nothwendigen" Schluß auf die Erzeugung. Warum werde er dennoch hier gemacht? Weil, meint er, der Beischlaf ein Delikt sei. In Wahrheit ist jener Schluß dadurch gerechtfertigt, daß er erfahrungsmäßig begründet ist. Der Konkumbent entkräftet ihn, wenn er den Beischlaf der Mutter in der kritischen Zeit mit Anderen darthut.

hundert vielfach annahm, das Delikt des außerehelichen Beischlafes. Dem Koncipirten gegenüber ist die Handlung, die ihm das Leben gab, kein Unrecht und noch weniger Beschädigung.

1. Die Klage steht dem Kinde zu. Die Mutter oder die Gemeinde, welche den Unterhalt bestritten haben, können aber als negotiorum gestores klagen.

Der Anspruch verbindet auch die Erben des Erzeugers.

2. Kläger hat die außereheliche Vaterschaft zu beweisen. Hierzu genügt der Nachweis der Geschlechtsgemeinschaft mit der Mutter während der Konceptionszeit.

Bestritten ist die Zulässigkeit der exceptio plurium constupratorum, d. h. Berufung darauf, daß die Mutter während der kritischen Zeit mit Anderen zu thun hatte. Nach richtiger Ansicht stellt der Nachweis dieser Thatsache die Vaterschaft der Art in das Ungewisse, daß keiner der Beischläfer in Anspruch genommen werden kann. Die Anhänger der Deliktstheorie dagegen lassen alle Beischläfer solidarisch haften, weil sie alle gleichermaßen das Delikt begangen hätten.

3. Die Verpflichtung geht auf nothdürftige Alimente und stellt sich praktisch nur als ein Beitrag zu den Erhaltungskosten dar, welche im übrigen die Mutter oder deren Ascendenten oder die Gemeinde tragen.

Die Alimentationspflicht dauert so lange als das Kind sich nicht selbst ernähren kann.

Vierter Abschnitt.

Das Vormundschaftsrecht.[1]

Erstes Kapitel.

Die Grundbegriffe.

§ 39. Die Entwickelung des römischen Vormundschaftsrechtes.

Vormundschaft ist das Amt der Obhut und Vertretung schutzbedürftiger Gewaltfreier.[2]

Die Vormundschaft ist ein Surrogat der väterlichen Ge-

1) Rudorff, das Recht der Vormundschaft 3. Bd. 1833 ff.; Kraut, die Vormundschaft des deutschen Rechtes 3. Bd. 1835 ff.; Dernburg, das Vormundschaftsrecht der preußischen Monarchie, 3. Aufl. herausgegeben von Schultzenstein 1886.

2) l. pr. D. de tutelis 26, 1. Paulus libro 38 ad edictum: Tutela est, ut

walt. Nur in Ermangelung der väterlichen Gewalt tritt daher Bevormundung ein. Nicht ein Widerspruch hiergegen, sondern nur eine verfeinerte Durchbildung des Grundgedankens liegt darin, daß im entwickelten Rechte auch über Hauskinder eine Vormundschaft in Fällen stattfindet, in welchen die Ausübung der väterlichen Gewalt behindert ist.

Das Vormundschaftsrecht hat in Rom so verschiedene Entwickelungsstufen durchlaufen, daß Beginn und Ende scharfe Kontraste bilden.

1. Dieser Umgestaltung unterlag vornehmlich die tutela über Unmündige. Die alte Tutel über mündige Frauen nahm an ihr nur bis zu einem gewissen Grade Theil und starb dann ganz ab.[3]

a) Ursprünglich war die Tutel bloß Familienangelegenheit, später wurde sie Staatssache.

Vormünder — tutores legitimi — waren in alter Zeit einzig die Agnaten und der Patron des Mündels, also dessen Familiengenossen. Dazu kam die tutela testamentaria durch Testament des Hausvaters des Mündels.[4] Dieselbe gehörte gleichfalls dem Familienrechte an, allerdings ist sie schon von anderem Gepräge.

Obrigkeitliche Ernennung des Tutors wurde erst durch die lex Atilia eingeführt und zwar bloß für Fälle, in denen es sonst an einem Tutor fehlte. Sie war etwas ganz außerordentliches, wie daraus erhellt, daß der Prätor den tutor Atilianus nur in Verbindung mit der Mehrheit der Volkstribunen ernennen durfte. Von derartigen Kautelen wußte die lex Julia Titia nichts, welche später in den Provinzen die Ernennung in gleichem Falle den Provinzialstatthaltern anvertraute.

In der Kaiserzeit geschah die Bestellung der Tutoren extra ordinem durch die Magistrate; sie wurde immer häufiger.[5]

b) Die Tutel war in alter Zeit bloß Recht des Tutors.[6]

Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, jure civili data ac permissa.

3) Die Tutel über Weiber behandeln: Löhr in seinem Magazin Bd. 3 S. 407; Stemann in Sells Jahrbüchern Bd. 3 n. 6; Keller, Institutionen S. 243.

4) Die testamentarische Tutel wird auf die 12 Tafeln zurückgeführt, l. 1 pr. D. de testamentaria tut. 26, 2. Doch schwerlich enthielt dies Gesetz — trotz Ulpian fragm. XI § 14 — eine ausdrückliche Bestimmung hierüber. Die tutela testamentaria wurde vielmehr durch die Interpretation der Juristen ermöglicht. Vgl. indeß Bruns fontes S. 21 Anm. 3.

5) Vgl. tit. Inst. de Atiliano tutore 1, 20, Gajus Inst. I § 185.

6) Daß die Tutel ursprünglich zum Vortheil der Vormünder und nicht der Mündel war, hat Löhr in seinem Magazin Bd. 3 n. 1: „Ueber die römischen Begriffe von Tutel und Kuratel" nachgewiesen. Nimmt man an — und dies ist nach dem jetzigen Standpunkte unserer Erkenntniß kaum zu bezweifeln —, daß die actio tutelae, durch welche der Vormund zur rechtlichen Verantwortung gezogen wird,

Zwar knüpfte sich an sie auch ein Kreis von Pflichten gegen den Mündel an, aber sie waren sittlicher und ethischer, nicht rechtlicher Natur.[7]

Dies änderte sich durchaus. Schließlich in der Kaiserzeit ist von selbständigen Rechten des Tutors wenig mehr die Rede, wohl aber von rechtlichen Verpflichtungen tief einschneidender, zum Theil sehr lästiger Art.

c) Hierzu kommt ein Drittes. In der älteren Zeit hatte der Tutor freie Hand, ohne an die Zustimmung der Obrigkeit bei seinen Handlungen gebunden zu sein. Seit dem zweiten Jahrhundert nach Christi Geburt mußte er in immer steigendem Maße bei wichtigeren Akten die Genehmigung der Obrigkeit einholen.

2. Jünger als die tutela war ein zweites vormundschaftliches Institut Roms, die cura. Dieselbe betrifft Minderjährige, Geisteskranke, Verschwender, gebrechliche Personen, Vermögen von Abwesenden, ruhende Erbschaften.

Die cura stand dadurch im Gegensatze zur Tutel, daß sie nicht Rechte des Kurators, sondern Pflichten desselben begründete.[8] Eine fernere Verschiedenheit bildete, daß der Kurator regelrecht von der Obrigkeit bestellt wurde. Beide Unterschiede sind im justinianischen Rechte in Folge der Umbildung der Tutel zurückgetreten. Es blieb vorzugsweise folgendes: Der Tutor hatte das Recht der auctoritatis interpositio, wodurch er an sich unverbindliche Willenserklärungen des Mündels zu vollkräftigen machte. Diese Handlung war ein Formalakt, sie mußte in Gegenwart des Mündels, unmittelbar nach dessen Erklärung, mündlich vom Tutor vollzogen werden.[9]

Der Kurator hatte das Recht solcher auctoritatis interpositio nicht.[10]

---

erst der späteren Republik angehörte, so erhalten die Ausführungen Löhrs ein verstärktes Gewicht.

7) Gellius noctes atticae V cap. 13. Massurius Sabinus in libro juris civilis tertio: In officiis apud majores nostros ita observatum est primum tutelae, deinde hospiti, deinde clienti, tum cognato, postea affini.

8) Löhr, Magazin Bd. 3 S. 9 nimmt an, daß auch die „cura“ ursprünglich den Vortheil des Kurators und nicht des Kuranden bezweckte. Dies stützt er vorzugsweise darauf, daß die 12 Tafeln verordneten: „si furiosus est agnatorum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto“. Cicero de inventione II cap. 50. Vgl. Bruns fontes S. 22 Anm. 7 a. Wenn sich aber auch das prätorische Institut der cura an diese Bestimmung zunächst anlehnte, so war dasselbe doch eine selbstständige Bildung, die neue Gesichtspunkte zur Geltung brachte.

9) Vgl. § 2 I. de auctoritate tut. 1, 21.

10) Vorzugsweise Löhr, Magazin Bd. 3 n. 1 hat das Eigenthümliche der Tutel in das Recht der auctoritatis interpositio gesetzt. Vgl. über die verschiedenen Ansichten Vangerow Bd. 1 § 263.

§ 40. Gemeines Recht. Die Reichspolizeiordnungen.

Auf dem Gebiete des Vormundschaftsrechtes war die Gesetzgebung des alten deutschen Reiches thätig, indem sie das justinianische Recht fortbildete und umgestaltete.

a) Die Reichspolizeiordnung von 1548 fordert, daß *Pupillen und Minderjährigen* jederzeit Vormünder gegeben werden.[1]

Sie legte damit den Grund der Verschmelzung der Tutel über die unmündigen mit der Kura über die mündigen Minderjährigen zu einer *einheitlichen Altersvormundschaft*.

Dabei konnte die römische auctoritatis interpositio keine Wurzel fassen.

b) Des weiteren verordnet dieselbe Polizeiordnung, daß sich die Vormünder der Verwaltung nur unterziehen sollten, wenn ihnen die Verwaltung zuvor durch die Obrigkeit decernirt und befohlen sei.[2]

Dies führte dazu, daß jede Vormundschaft eine *gerichtlich angeordnete* — eine s. g. *Dativtutel* — wurde.[3]

c) Es fordert endlich die Reichspolizeiordnung von 1577, daß der Vormund ein Inventar errichtet, Kaution leistet, eidlich verpflichtet wird, nicht minder aber auch, daß er jährlich der Obrigkeit Rechnung legt.

Damit hat die obervormundschaftliche Gewalt der Obrigkeit das feste Rückgrat erlangt.[4]

---

1) R.P.O. von 1548 Tit. 31 § 1.

2) R.P.O. von 1548 Tit. 31 § 2 und R.P.O. von 1577 Tit. 32 § 2: „daß ein jeglicher Vormünder, er sei gleich in Testamentsweiß verordnet oder durch das Recht oder Richter gegeben, sich der Vormundschaft nicht unterziehen soll, die Verwaltung sei ihme dann zuvor durch die Obrigkeit decernirt und befohlen". Nach dem Sprachgebrauche der Polizeiordnung bedeutete der Ausdruck „Obrigkeit" die „politische" Behörde und nicht den Richter. Erst später erhielten die Gerichte die Obervormundschaft. Roth, bayerisches Civilrecht 2. Aufl. Bd. 1 S. 650.

3) Die Tragweite der bezüglichen Bestimmung der R.P.O. ist freilich außerordentlich bestritten, vgl. Kraut a. a. O. Bd. 1 S. 238. Viele glauben, daß die „Tutel" nach gemeinem Rechte durch Testament und Gesetz gemäß den römischen Vorschriften deferirt werde und daß nur die Ausübung der Vormundschaft besonders obrigkeitlich übertragen werden müsse, „wobei aber die Obrigkeit die Bestätigung, welche der Vormund *nachzusuchen* habe, *nicht ohne gehörigen Grund* verweigern dürfe". Doch diese Auffassung entspricht weder dem Sinne der Polizeiordnung noch der Praxis, wie insbesondere Roth a. a. O. Bd. 1 S. 652 mit Recht ausgeführt hat. Weder von einer Verpflichtung des testamentarischen oder gesetzlichen Vormundes, die Dekretur der Verwaltung bei Gericht nachzusuchen, ist die Rede, noch auch von einer Verpflichtung der Obrigkeit, die testamentsweise verordneten oder gesetzlichen Vormünder zu bestätigen. Die testamentarische Ernennung des Vormundes ist vielmehr zu einem bloßen Vorschlage des Vaters geworden.

4) R.P.O. von 1577 Tit. 32 § 3.

Wesentlich denselben Charakter wie die Altersvormundschaft erhielt die Vormundschaft über Geisteskranke und Verschwender.

Die anderen Arten der Kuratel unterscheiden sich noch dadurch von der normalen Vormundschaft, daß sie bloß einzelne vormundschaftliche Befugnisse geben, nicht die volle Repräsentation des Mündels.

§ 41. Die Gründe der Bevormundung.

Gründe der Bevormundung sind:

1. Minderjährigkeit.

2. Geisteskrankheit.[1]

3. Entmündigung wegen Verschwendung.

4. Dauernde Behinderung an eigener Vermögensverwaltung durch Körpergebrechen, insbesondere Taubheit, Blindheit, Altersschwäche, Krankheit,[2] s. g. cura debilium personarum.

5. Neben dem Vormunde[3] und dem Vater sind, falls diese zur Besorgung einzelner Angelegenheiten nicht fähig sind, im Bedürfnißfalle Kuratoren zu bestellen.

6. Der Embryo kann einen Kurator erhalten.

7. Für Vermögen, das nicht vertreten ist, insbesondere für das eines Abwesenden, ferner für eine ruhende Erbschaft kann ein Kurator bestellt werden.[4] — Bei solchen s. g. Realkuratelen war der Kurator in Rom nur zur Obhut über das Vermögen sowie zum Verkauf dessen, was sonst zu Grunde gehen würde, berechtigt.[5] Eine verbreitete Praxis hat aber seine Vollmacht mit Recht erweitert.[6]

---

1) Nur solche Geisteskranke erhalten einen curator furiosi, welche der Altersvormundschaft entwachsen sind, § 3 I. de curatoribus 1, 23, l. 3 pr. § 1 D. de tutelis 26, 1. Das Gleiche gilt von Verschwendern und gebrechlichen Personen.

2) § 4 I. de curatoribus 1, 23.

3) §§ 5 und 6 I. de curatoribus 1, 23.

4) Auch bei den s. g. Realkuratelen handelt es sich schließlich um die Vertretung von Personen, die nur ungewiß und unbekannt sind.

5) l. 48 D. de administratione tut. 26, 7, l. 1 § 4 D. de muneribus 50, 4. Rudorff a. a. O. Bd. 1 S. 162.

6) Vgl. die bei Dernburg a. a. O. S. 416 citirten.

§ 42. Die Vormünder.[1]

Die Verwaltung der Mündelangelegenheiten geschieht durch den Vormund. Als das normale und zweckmäßige gilt Verwaltung durch *einen* Vormund.[2]

Es können aber mehrere Vormünder berufen werden, vorzugsweise wenn dies das Testament des Vaters des Mündels verordnet hat.

Dann hat die Obrigkeit nähere Bestimmung zu treffen,[3] sie hat dabei väterliche letztwillige Verfügungen zu beachten, keineswegs aber unbedingt zu befolgen.[4]

a) Wird *einem* von mehreren Vormündern durch die Obrigkeit die *Verwaltung ganz* überwiesen, so sind die übrigen *Ehrenvormünder* — tutores honorarii. Als solche sind sie zur Ueberwachung des verwaltenden Vormundes berechtigt und verpflichtet, haben zu diesem Zwecke die Einsicht in die Vormundschaftsrechnungen und Papiere, die Kontrole der Anlage der Vormundschaftsgelder; äußerstenfalls haben sie die Absetzung des pflichtwidrigen verwaltenden Vormundes zu betreiben.[5]

b) Die Obrigkeit kann die Verwaltung der Vormundschaftsgeschäfte auch nach Bedürfniß unter die mehreren Vormünder *theilen*, sei es nach *Geschäftszweigen*, sei es nach *Gegenden*. Jeder hat dann

---

1) Löhr im Archiv für civ. Praxis Bd. 11 n. 1 S. 3; Keller, Pandekten § 437; Brinz Bd. 2 S. 662.

2) l. 3 §§ 6 u. 7 D. de adm. tut. 26, 7.

3) Hinsichtlich der Regelung bestand ein besonderes prätorisches Edikt, dessen Inhalt aus § 1 J. de satis dat. tut. 1, 24 ersichtlich ist. Hiernach sollte eine Verhandlung mit den Vormündern stattfinden. In erster Linie war zu berufen, wer satis datio anbot, sofern nicht der Mitvormund sich gleichfalls zu derselben bereit erklärte.

4) l. 3 § 3 D. de adm. tut. 26, 7.

5) l. 3 § 2 D. de administratione tutorum 26, 7. Ulpianus libro 35 ad edictum: Ceteri igitur tutores non administrabunt, sed erunt hi, quos vulgo honorarios appellamus. nec quisquam putet ad hos nullum periculum redundare: constat enim hos quoque, excussis prius facultatibus ejus qui gesserit, conveniri oportere: dati sunt enim quasi observatores actus ejus et custodes, imputabiturque eis quandoque, cur, si male eum conversari videbant, suspectum eum non fecerunt. adsidue igitur et rationem ab eo exigere eos oportet et sollicite curare qualiter conversetur et si pecunia sit, quae deponi possit curare ut deponatur ad praediorum comparationem. Auch der tutor honorarius hatte in Rom an sich Verwaltungsrecht und auctoritas, aber er *sollte* sich nicht in die Verwaltung mischen, weshalb Dritte, welche das Verhältniß *kannten* und doch unter seiner auctoritas kontrahirten, keine Ansprüche erhielten. l. 49 D. de a. vel o. her. 29, 2 und l. 4 D. de auct. tut. 26, 8 vereinigen sich solchergestalt; vgl. über andere Vereinigungsversuche Vangerow Bd. 1 § 281. Nach gemeinem Rechte hat der Ehrenvormund keinerlei Verwaltungsbefugniß, da ihm eben die Verwaltung nicht nach Vorschrift der Reichspolizeiordnung decernirt ist.

nur das ihm zugetheilte Ressort zu verwalten, ist aber für das des anderen Ehrenvormund.[6]

c) Kommt es nicht zu einer obrigkeitlichen Zuweisung oder Vertheilung der Geschäfte, so sind alle Vormünder zur Verwaltung gleichberechtigt. Sie haben aber keine Kollektivvollmacht, wonach sie zusammen handeln müßten. Vielmehr steht jedem einzelnen die volle Vertretung zu,[7] jedoch so, daß jedem ein Einspruchsrecht gegen die von Mitvormündern beabsichtigten Handlungen zusteht.[8 9]

Die Verantwortlichkeit für die ganze Verwaltung wird durch bloße private Theilung der Geschäfte nicht aufgehoben.[10]

§ 43. Die Obervormundschaft.

Die Obrigkeit gewann zwar im späteren römischen Rechte vielfachen und steigenden Einfluß auf die Vormundschaft, aber eine einheitliche und systematische Zusammenfassung ihrer Rechte und Pflichten geschah nicht.[1]

Sie erfolgte aber im gemeinen Rechte.

Obervormundschaftliche Behörde ist das Gericht erster Instanz des Domicils des Mündels.[2] Dasselbe ist bei ehelichen Minderjährigen

---

6) l. 3 § 9, l. 4 D. de adm. tut. 26, 7.

7) Nach vorjustinianischem Rechte bedurfte es bei der legitima tutela regelrecht zu allen Verfügungen der auctoritas sämmtlicher Vormünder. Cicero pro Flacco 34: „nihil potest de tutela legitima sine omnium tutorum auctoritate deminui". Dagegen genügte bei testamentarischen und obrigkeitlichen Vormündern die auctoritas eines einzelnen der Vormünder. Justinian hob diesen Unterschied in der l. 5 C. de auctoritate praestanda 5, 59 auf. Jeder Vormund hat die volle Verfügung; nur zu Angelegenheiten, welche die Aufhebung der Tutel mit sich führen, namentlich zur Arrogation des Mündels, bedarf es der Zustimmung aller Tutoren.

8) l. 7 § 3 D. de curat. furioso 27, 10. — Vgl. übrigens noch l. 47 pr. D. de adm. tut. 26, 7.

9) Jeder der mehreren Tutoren ist solidarisch verantwortlich. Dem in Anspruch genommenen steht aber das Recht auf Klagencession offen, l. 2 C. de dividenda tutela 5, 52. Carus, Carinus et Numerianus a 284: Si divisio administrationis inter tutores sive curatores in eodem loco seu provincia constitutos necdum fuit, licentiam habet adulescens et unum eorum eligere et totum debitum exigere, cessione videlicet ab eo adversus ceteros tutores seu curatores actionum ei competentium facienda.

10) l. 2 § 3 C. de dividenda tutela 5, 52. Sin vero ipsi inter se res administrationis diviserunt, non prohibetur adulescens et unum ex his in solidum convenire, ita ut actiones, quas adversus alios habet, ad electum transferat.

1) l. 6 § 2 D. de tutelis 26, 1.

2) In Rom wurde vorzugsweise auf die Heimath — origo — des Mündels gesehen, l. un. C. ubi petetur tut. 5, 32. Ueber die Frage, ob sich die Tutel auf das außerhalb des Jurisdiktionsbezirkes belegene erstreckte, vgl. Löhr im Archiv für civ. Praxis Bd. 11 S. 104.

in der Regel das letzte Domicil des Vaters, bei unehelichen das Domicil der Mutter.

Die Hauptbefugnisse der Obervormundschaft sind:

1. Bestellung des Vormundes, Entscheidung über Ablehnungsgründe, Absetzung und Entlassung.

2. Genehmigung zu Veräußerungen.

3. Prüfung der periodisch zu legenden Rechnung des Vormundes.[3]

Die Obervormundschaft ist nicht legitimirt, selbst den Mündel zu vertreten. Sie hat aber Aufsicht und Leitung. Sie kann daher den Vormund mit Anweisungen bezüglich der Führung der Geschäfte versehen. Je nach dem Vertrauen, welches der Vormund verdient, hat sie die Zügel mehr oder minder straff anzuziehen.

Wer die Obervormundschaft verwaltet, haftet dem Mündel für Verschuldung, aber nur subsidiär, d. h. soweit nicht von anderer Seite Ersatz erlangt werden kann.

In Rom pflegte der Magistrat[4] bei der Entscheidung über persönliche Verhältnisse des Mündels Verwandte des Mündels — Familienrath — zuzuziehen.[5] Gemeinrechtliche Uebung ist dies aber nicht.

Zweites Kapitel.

Die Begründung und Beendigung der Vormundschaft.

§ 44. Berufungsgründe, Bestellung.

Die Berufungsgründe zur Tutel waren in Rom:

1. Testament. In Folge seiner väterlichen Gewalt konnte der Vater seinem unmündigen Kinde für den Fall, daß es durch seinen

---

3) Vielfach ist auch üblich, daß die Obrigkeit bei Beendigung der Vormundschaft die Legung einer Schlußrechnung durch den Vormund und eine Erklärung des ehemaligen Mündels über dieselbe, beziehungsweise die Dechargirung veranlaßt. Dies hat aber nur die Bedeutung einer Vermittelung. Läßt sich der ehemalige Vormund oder der Mündel auf eine derartige Verhandlung nicht freiwillig ein, so ist die Sache zwischen ihnen im Prozeßwege auszutragen.

4) Nach römischem Rechte hafteten nur die Municipalmagistrate, welche etwas bei Bestellung der Vormünder versäumt hatten. Tit. Dig. de magistratibus conveniendis 27, 8. Vgl. oben Bd. 2 § 136 Anm. 6.

5) l. 1 § 1 D. ubi pupillus educari 27, 2.

Tod gewaltfrei wurde, in einem gültigen Testamente oder testamentarisch bestätigten Kodicille einen Tutor ernennen.[1]

Daneben machte sich in Rom die Auffassung geltend, daß der Vater ohne Rücksicht auf die Gewalt, in Ermangelung des Vaters die Mutter, und daß endlich selbst ein Fremder, welcher den Unmündigen zum Erben einsetzt, den zweckmäßigsten Vorschlag bezüglich des Vormundes des Unmündigen macht. Solcher Art letztwillig bezeichnete Vormünder wurden daher von der Obrigkeit *bestätigt* — tutores confirmati —, und zwar die vom Vater gewollten ohne besondere Untersuchung, die sonst vorgeschlagenen nach Prüfung der Sachlage.[2]

2. In Ermangelung testamentarischer traten die *gesetzlichen* Tutoren ein. Es waren dies die nächsten gesetzlichen Erben des Mündels, also ursprünglich vorzugsweise dessen Agnaten,[3] im jüngsten Rechte die nach der Novelle 118 berufenen Intestaterben.[4]

3. In letzter Reihe kam es zur Erwählung eines Tutors durch die *Obrigkeit*.[5 6]

---

1) §§ 3 und 4 I. de tutelis 1, 13. l. 1 D. de testamentaria tutela 26, 2. Das Recht des Vaters erstreckt sich auf nachgeborene Kinder. Es bezog sich in Rom auch auf Enkel, welche in der Gewalt des Großvaters standen, falls sie nach dessen Tode nicht in die Gewalt ihres Vaters fielen, vielmehr gewaltfrei wurden. Der Tutor mußte certus, d. h. individuell bestimmt sein, l. 20 D. de testamentaria tutela 26, 2; er mußte ferner in befehlender Weise ernannt sein, l. 1 § 1 D. de confirmando tut. 26, 3. Die Ernennung mußte sich auf das Gesammtvermögen erstrecken, l. 12 ff. D. h. t. 26, 2. Ernennung unter Bedingungen und Zeitbestimmungen war zulässig. Die Ernennung verlor ihre Geltung, wenn das Testament seine Kraft verlor.

2) l. 2 ff. D. de confirmando tutore 26, 3. Obgleich der Prätor den väterlichen Vorschlag ohne Prüfung der Sachgemäßheit konfirmiren sollte, so hatte er doch zu untersuchen, ob der Wille des Vaters bis zum Tode dauerte und ob nach der Bestellung Umstände hervorgetreten sind, welche den Vater, wenn er sie gekannt hätte, wahrscheinlich bestimmt hätten, die Ernennung zurückzunehmen, l. 8 ff. D. eod. 26, 3.

3) l. 1 pr. D. de legitimis tutoribus 26, 4.

4) Nov. 118 cap. 5. Ueber die Streitfrage, ob nach der nov. 118 noch der „parens manumissor" eine den Ordnungen der Novelle vorgehende legitima tutela bezüglich des unmündigen Kindes habe, vgl. Vangerow Bd. 1 § 267. Die Frage hat nicht die mindeste praktische Bedeutung. Denn wenn der Fall vorkäme, würde die Obrigkeit natürlich dem Vater und nicht den Geschwistern des Kindes die Verwaltung „decerniren".

5) § 3 I. de Atiliano tutore 1, 20.

6) Der Tutor darf obrigkeitlich nicht unter einer Bedingung ernannt werden, l. 6 § 1 D. de tutelis 26, 1. — Keller, Pandekten § 427 führt diese Verschiedenheit von der testamentarischen Bestellung darauf zurück, „daß der Magistrat bei seiner Ernennung stets für ein gegenwärtiges Bedürfniß zu sorgen und auf Grund vorhandener Thatsachen, deren Ermittelung ihm möglich und aufgegeben ist, zu verfügen hat, wogegen der Testator bei seiner Ernennung stets auf eine mehr oder weniger entfernte Zukunft hin verfügt und daher leicht in den Fall kommen kann, seinen Willen an künftige, jetzt und vielleicht bei seinem Tode noch ungewisse Thatsachen zu knüpfen".

Die Kuratoren wurden regelrecht durch die Obrigkeit bestellt. Dabei wurde jedoch der Vorschlag der Eltern thunlichst berücksichtigt.[7]

Die Vormundschaft begann, sobald der Berufene die Berufung erfahren hatte.[8]

In Folge der Reichspolizeiordnung ist dies umgestaltet.[9]

Die Obrigkeit überträgt in allen Fällen die Vormundschaft. Diese ist stets s. g. Dativtutel. Der letztwillige Vorschlag der Eltern und des Erblassers des Mündels wird beachtet.[10]

Die Vormundschaft beginnt mit der Verpflichtung durch die Obrigkeit.

Dieselbe hat eidlich zu geschehen. Häufig wird der Eid durch Handschlag an Eidesstatt ersetzt.

Der Vormund erhält zu seiner Legitimation eine schriftliche Bestallung, das Tutorium oder Kuratorium.

§ 45. Fähigkeit zur Vormundschaft.

Zu unterscheiden ist absolute und relative Unfähigkeit.

1. Der absolut unfähige wird nicht Vormund, auch wenn ihm die Vormundschaft obrigkeitlich übertragen sein sollte. Die Handlungen desselben für den Mündel verbinden diesen also nicht. Der Mündel ist unbevormundet. Solchergestalt unfähig sind:

a) Frauen.

Nach justinianischem Rechte sind jedoch die Mutter und Großmutter zur Vormundschaft über Kinder und Enkel fähig, wenn sie sich nicht wieder verheirathen und den weiblichen Rechtswohlthaten entsagen.[1]

b) Minderjährige, Geisteskranke, interdicirte Verschwender. Dieselben wurden vor Justinian Vormünder und sollten nur zur Führung der Geschäfte nicht zugelassen werden.[2] Dies entsprach der ursprünglichen Anschauung, wonach die Tutel ein Recht des Vormundes bildete und

---

7) §§ 1 und 3 I. de curatoribus 1, 23.

8) l. 1 § 1 D. de administratione tut. 26, 7.

9) Oben § 40 Anm. 3.

10) Die Intestaterben des Unmündigen sind verpflichtet, innerhalb eines Jahres die Bestellung eines Vormundes für ihn im Bedürfnißfalle nachzusuchen, und zwar bei Strafe des Verlustes des Erbrechtes, wenn der Unmündige in der Unmündigkeit starb, l. 10 C. de legitimis hered. 6, 58. Diese Strafe ist aber nicht gemeinrechtlich, Kraut a. a. O. Bd. 1 S. 283.

1) Gaj. Inst. I. § 195, l. 16, l. 18 D. de tutelis 26, 1, l. 26 D. de testamentaria tutela 26, 2, Tit. Cod. 5, 35, nov. 94 cap. 1, nov. 118 cap. 5.

2) Sogar der impubes war „legitimus tutor“. Ulp. fragm. tit. XI § 20. Ebenso der Geisteskranke, l. 17 D. de tutelis 26, 1.

nicht etwa im Interesse des Mündels eingeleitet wurde. Nach justinianischem Rechte sind aber solche Personen absolut unfähig.[3]

c) Geistliche wurden von Justinian als unfähig erklärt, um sie von der Last der Vormundschaft ein für allemal zu befreien.[4] Unfähig waren auch aktive Soldaten.[5] Derzeit sind Militärpersonen unter Genehmigung ihrer Vorgesetzten fähig. Sie können die Vormundschaft aber ablehnen.[6]

2. Relativ unfähig sind Vormünder, welchen die Vormundschaft nicht decernirt werden soll, und die von derselben durch die Obrigkeit zu entfernen sind, wenn sie gleichwohl bestellt sein sollten.[7]

Es gehören hierher durch Verbot der Eltern des Mündels ausgeschlossene,[8] Gläubiger und Schuldner des Mündels,[9] endlich der Ehemann bezüglich seiner Ehefrau.[10]

Hierher ist auch der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte zu stellen.[11]

§ 46. Ablehnung der Vormundschaft.[1]

Die Uebernahme der Vormundschaft ist Bürgerpflicht. Man kann daher zu derselben von der Obrigkeit durch Exekutivstrafen genöthigt werden.[2] Die Mutter aber und Großmutter sind zwar berechtigt, nicht aber verpflichtet, Vormünder zu werden.[3]

---

3) l. 5 C. de legitima tutela 5, 30. § 13 I. de excusationibus 1, 25.

4) Nach der nov. 123 cap. 5 sind Bischöfe und Mönche schlechthin zur Vormundschaft unfähig, andere Geistliche können mit ihrem Willen die gesetzliche Vormundschaft über Verwandte führen. Die Geistlichen als Vertrauensmänner ihrer Beichtkinder wurden sehr häufig letztwillig ernannt, so daß sie durch Vormundschaften erdrückt wurden, weshalb man dagegen zu den energischsten Mitteln griff.

5) l. 4 C. qui dare tutores 5, 34.

6) Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 § 41.

7) l. 21 § 2 D. de tut. dat. 26, 5, l. un. C. si contra matris voluntatem 5, 47.

8) l. 3 § 12 D. de suspectis tut. 26, 10.

9) Wer persönlicher oder Pfandgläubiger des Mündels ist, soll die Vormundschaft über ihn nicht führen. Verschweigt er das Schuldverhältniß und tritt er die Vormundschaft an, so verliert er sein Klagerecht. Auch soll, wer Schuldner des Mündels ist und dies verschweigt, sich während der Dauer der Tutel von seiner Schuld nicht durch Zahlung oder auf andere Weise befreien können, nov. 72 cap. 1 und 4. Die heutige Geltung dieser Bestimmungen ist sehr zu bezweifeln.

10) l. 2 C. qui dare tutores 5, 34.

11) Reichsstrafgesetzbuch § 34 Ziff. 6. Zur Bekleidung der Vormundschaft über seine Descendenten ist der Ehrlose fähig.

1) Tit. I. de excusationibus 1, 25, Dig. 27, 1, Keller, Instit. S. 232.

2) pr. I. h. t. l. 25 ... et tutelam et curam placuit publicum munus esse. Ueber die Entwickelung dieses Satzes vgl. Pernice in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte n. Folge Bd. 5 S. 25.

3) l. 2 § 1 C. quando mulier 5, 35, nov. 118 cap. 5, nov. 94 cap. 1.

Zahlreiche Gründe geben das Recht der Ablehnung der Vormundschaft:

a) drei Vormundschaften im Hause,[4]

b) fünf leibliche Kinder,[5]

c) Armuth, Krankheit, Schreibensunkunde,[6] Alter über 70 Jahre.[7]

d) Bekleidung öffentlicher Aemter, Abwesenheit in Staatsgeschäften.[8 9]

Diese Exkusationsgründe mußten in Rom innerhalb fester Fristen nach Kenntniß der Berufung bei der Obrigkeit angebracht werden.

Diese Frist betrug mindestens 50 Tage, bei größeren Entfernungen verlängerte sie sich nach Verhältniß.[10]

Gemeinrechtlich ist die Exkusation vor der Verpflichtung des Vormundes durch das Gericht nachzusuchen.[11]

§ 47. Beendigung der Vormundschaft.

Die Vormundschaft endigt bald so, daß sie überhaupt beseitigt wird, bald so, daß nur die Funktion des bisherigen Vormundes aufhört und ein neuer Vormund einzutreten hat.

1. Die Bevormundung endet schlechthin, wenn ihr Grund wegfällt.[1]

Insbesondere erlischt die Altersvormundschaft durch Großjährigkeit oder Großjährigkeitserklärung des Mündels, sowie durch seinen Eintritt

---

4) § 5 I. h. t. 1, 25, l. 6 pr. D. h. t. 27, 1.

5) Nach römischem Rechte exkusirten 3 Kinder in Rom, 4 in Italien, 5 in den Provinzen. Nur lebende werden mitgezählt. Im Kriege umgekommene gelten wie lebende. Es kommt nicht darauf an, ob die Kinder in der Gewalt stehen oder nicht, insbesondere, ob sie emancipirt, adoptirt sind, pr. J. h. t. 1, 25.

6) § 6 I. h. t. 1, 25, §§ 7 und 8 I. eod.

7) § 13 I. h. t. 1, 25.

8) Vgl. über das Exkusationsrecht der römischen Beamten, ferner der Professoren und Aerzte, sowie der Zunftgenossen: Rudorff a. a. O. Bd. 2 S. 96; Keller, Institutionen S. 234.

9) Noch andere Exkusationsgründe bestanden, z. B., wenn die Ernennung durch den Vater aus Feindschaft erfolgte, §§ 9 ff. I. h. t. 1, 25. — Im älteren Rechte spielte die potioris nominatio eine große Rolle, d. h. das Recht des zum Vormund bestimmten, einen dem Mündel durch Verwandtschaft näher stehenden als Vormund statt seiner zu bezeichnen, vgl. Rudorff Bd. 2 S. 159; Keller, Instit. S. 238. Dem justinianischen Rechte ist ein bezügliches Verfahren fremd.

10) § 16 I. h. t. 1, 25, l. 14 D. h. t. 27, 1.

11) Das Recht der Exkusation hat nicht, wer dem Vater des Mündels die Uebernahme der Vormundschaft versprach, § 9 I. h. t. 1, 25, sowie wer ein Vermächtniß vom Erblasser annahm, der ihn zum Vormunde ernannte, l. 5 § 2 D. de his quae ut indignis 34, 9.

1) Auch nach Endigung der Vormundschaft haben die bisherigen Vormünder die laufenden Geschäfte bis dahin zu besorgen, daß sie das Mündelvermögen herausgeben oder den Mündel in Annahmeverzug setzen. Vgl. l. 33 § 1 D. de administratione tut. 26, 7.

in eine väterliche Gewalt. Jede Vormundschaft hört auf mit dem Tode des Mündels oder dessen Todeserklärung.

2. Die Funktion des Vormundes endet, ohne daß damit die Bevormundung überhaupt ihr Ende erreicht:

a) durch dessen Tod, sowie dadurch, daß er absolut unfähig wird, insbesondere auch dadurch, daß die Mutter oder Großmutter, welche Vormünderinnen sind, zur neuen Ehe schreiten.

b) Im alten Rechte konnte der Tutor die Vormundschaft beliebig niederlegen.[2]

Hiervon ist im späteren Rechte nicht die Rede. Nur eine Entlassung aus Gründen kann er von der Obrigkeit beanspruchen.[3]

c) Die Entsetzung des Vormundes durch das Gericht war in der alten Zeit nur wegen Dolus auf Grund einer accusatio suspecti zulässig.

Im späteren Rechte ist die Absetzbarkeit des Vormundes sehr erweitert, von einem selbständigen Rechte auf diese Funktion daher nicht mehr die Rede. Die Entsetzung kann wegen jeder Pflichtwidrigkeit geschehen, ja ohne solche, wenn der Vormund untüchtig oder ungeeignet erscheint.[4]

Drittes Kapitel.

Rechtswirkungen der Vormundschaft.

§ 48. Sorge für die Person des Mündels.[1]

Nach den Reichspolizeiordnungen lautet der Eid der Vormünder: „daß sie ihren Pflegekindern und ihren Gütern getreulich vorsein, ihre Personen und Güter versehen und verwahren".

---

2) Von solcher abdicatio spricht noch Ulpianus fragm. XI § 17.

3) Vgl. l. 12 D. de excusationibus 27, 1.

4) l. 3 D. de suspectis 26, 10. Grundsätzlich geschah die Entsetzung in Rom auf Grund einer besonderen accusatio suspecti, welche quasi publica war, also von jedem erhoben werden konnte, der am Mündel Interesse hatte und ein zweiseitiges Verfahren einleitete. Doch kam sie, wenn die Gründe offenbar waren, auch ohne solche Anklage vor. Derzeit verfährt das Gericht von Amtswegen untersuchend, auf Grund von Anzeigen Dritter oder auch ohne solche. Daß bloße Ungeeignetheit zur Absetzung genügt, darüber vgl. l. 3 §§ 12 und 18 D. eod. 26, 10. Absetzung wegen dolus machte in Rom infam; Entfernung aus anderen Gründen hatte diese Folge nicht.

1) Gesterding, Sorge für die Person und Erziehung des Mündels in seiner Ausbeute VI, 2.

Der Vormund hat also nach gemeinem Rechte über die Person des Mündels nicht weniger wie über dessen Vermögen zu wachen, während sich seine Thätigkeit nach römischem Rechte im wesentlichen auf das Mündelvermögen beschränkte.

Die Erziehung des Mündels muß der Vormund zwar nicht selbst vornehmen, die Mutter hat vor ihm das Recht auf dieselbe.[2] Aber er hat für die Erziehung zu sorgen, sie zu überwachen, die Mittel für sie aus dem Mündelvermögen auszuwerfen,[3] nach Umständen Lehrverträge für den Mündel abzuschließen.

Der Vormund hat ferner die Familienstellung des Mündels zu wahren, Klagen auf Anerkennung der Vaterschaft sowie auf Ungültigkeit oder Nichtigkeit der Ehe seines Mündels anzustellen. Eine Ehescheidungsklage kann er aber nicht an dessen Stelle erheben.[4]

§ 49. Die Vermögensverwaltung.

Der Vormund hat das Vermögen des Mündels zu verwalten; er soll es erhalten und nach Möglichkeit vermehren, jedoch ohne das Risiko von Spekulationen.[1]

Die römische Weise, wonach der Mündel persönlich bei Rechtsgeschäften und Prozessen handelte und der Tutor nur die auctoritas einlegte, ist nicht gemeinrechtlich.[2] Vielmehr schließt der Vormund im Namen des Mündels die Geschäfte und führt dessen Prozesse für ihn.

Liberalitäten aus dem Mündelvermögen sind dem Vormunde nicht gestattet,[3] es handle sich denn um Gaben, welche Anstand und Sitte fordern.[4]

Geschäfte, bei denen der Vormund direkt betheiligt ist, kann er nicht für den Mündel schließen oder genehmigen.[5]

Mündelgelder sollte der Vormund vorzugsweise in Grundstücken anlegen,[6] die als die beste Kapitalanlage galten, weil sie sich dem Mündel

---

2) l. 1 C. ubi pupilli educentur 5, 49.
3) l. 2, l. 3 D. ubi pupillus educari 27, 2.
4) R.G. Bd. 6 S. 157, Bd. 9 S. 219.
1) l. 47 § 6 D. de administratione tut. 26, 7.
2) Tit. Dig. de auctoritate et consensu tutorum 26, 8.
3) l. 22, l. 46 § 7 D. de administratione tut. 26, 7.
4) l. 12 § 3 D. eod. 26, 7.
5) Es galt der Satz: „tutor in rem suam auctor fieri non potest", l. 1 pr. D. de auctoritate tutorum 26, 8.
6) l. 5 pr., l. 7 § 3 D. de administratione tut. 26, 7, l. 24 C. h. t. 5, 37.

auch bei Kriegen und Krisen erhielten. In zweiter Linie sollten sie sicher zinsbar belegt werden.[7] [8] Nach den heutigen wirthschaftlichen Verhältnissen ist die Erwerbung von Grundstücken keineswegs eine besonders gute Anlage. Der Vormund ist daher in der Regel auf zinsbare Forderungen verwiesen. Partikularrechte haben meist die s. g. pupillarische Sicherheit näher bestimmt.[9]

Der Vormund haftet bei seiner Verwaltung für die Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anwendet.[10]

Verwendete er Mündelgelder zum eigenen Nutzen, so hatte er die höchsten Zinsen zu entrichten,[11] ursprünglich also 12 %, nach Justinians Neuerungen 6 %.

§ 50. Veräußerungsverbot.

Je freier der Vormund steht, desto wirksamer und nützlicher kann seine Verwaltung für den Mündel bei gutem Willen und Intelligenz sein, desto näher liegt aber auch die Gefahr, daß das Vermögen des Mündels bei Unvorsichtigkeit, Ungeschicklichkeit, Untreue des Vormundes zu Grunde geht.

Das frühere römische Recht ließ dem Vormunde in der Veräußerung des Mündelsvermögens ganz freie Hand. Das spätere verfiel in das entgegengesetzte Extrem.

Zuerst verbot die Oratio Severi die Veräußerung landwirthschaftlicher Grundstücke der Unmündigen, wenn sie nicht von dessen Erblasser letztwillig verstattet war, außer wegen Schulden nach vorgängigem prätorischen Dekrete.[1]

---

7) Wenn der Vormund die bei Antritt der Vormundschaft vorgefundenen Mündelgelder nicht binnen 6 Monaten, und wenn er die nachher eingehenden nicht binnen 2 Monaten anlegte, so hatte er persönlich von denselben Zinsen zu entrichten. Man bezeichnet diese Frist als laxamentum temporis, l. 7 § 11, l. 15 D. de administratione tut. 26, 7. Jedoch konnte sich der Vormund durch den Nachweis befreien, daß ihm in der genannten Frist eine pupillarische Anlage nicht möglich war, l. 3 C. de usuris pupillaribus 5, 56.

8) Justinian verordnete in der nov. 72 cap. 6, daß die Vormünder zur zinsbaren Belegung der Gelder nicht verbunden sein sollten, diese vielmehr sicher aufzubewahren hätten, damit das Kapital nicht über dem Bestreben, Zinsen zu gewinnen, verloren gehe! Diese Novelle ist zwar glossirt, jedoch den heutigen wirthschaftlichen Verhältnissen so wenig entsprechend, daß sie in der Praxis nicht beachtet wird. Damit sind aber die positiven Bestimmungen des Pandektenrechtes über das laxamentum temporis nicht wieder hergestellt. Doch wird dies häufig angenommen.

9) Hecht, die Mündel- und Stiftungsgelder in den deutschen Staaten 1875.

10) l. 1 pr. D. de tutelae actione 27, 3. Andere Aeußerungen der Quellen stimmen freilich nicht überein, vgl. Hasse, Culpa S. 253.

11) l. 7 § 10 D. de administratione tut. 26, 7.

1) Ueber die Oratio Severi — aus dem Jahre 195 nach Chr. Geb. — vgl.

Wie sehr dies den herrschenden Zeitansichten entsprach, zeigt die Ausdehnung des Verbotes durch Interpretation, indem man es insbesondere auf alle Minderjährigen erstreckte,[2] wie auch auf jede Bestellung dinglicher Rechte an Immobilien des Mündels bezog.[3]

Die Veräußerung gegen Verbot ist nichtig.[4] Sie konvalescirt aber durch Genehmigung seitens des Mündels nach erreichter Großjährigkeit,[5] ferner durch Unterlassung gerichtlicher Schritte binnen 5 Jahren nach der Großjährigkeit, wenn die Veräußerung unentgeltlich war.[6]

Auf dem eingeschlagenen Wege schritt man in der christlichen Kaiserzeit fort. Dem Vormunde wurde die Veräußerung aller zur Substanz des Vermögens gehörigen konservirbaren, nicht ganz geringfügigen Sachen,[7] ferner die Einziehung von Forderungen des Mündels ohne gerichtliches Dekret untersagt.[8]

Dagegen hat die gemeinrechtliche Praxis die Befugnisse der Vormünder wieder erweitert. Veräußerung wegen Nutzens wurde unter obrigkeitlicher Genehmigung verstattet,[9] ferner Einholung der Genehmigung überwiegend bloß bei Immobilien gefordert.

Tit. Dig. de rebus eorum 27, 9; Bachofen, ausgewählte Lehren S. 119. Nach l. 1 § 2 D. h. t. lautete die betreffende Stelle der die Vormundschaft auch sonst regelnden Oratio: „Praeterea, patres conscripti, interdicam tutoribus et curatoribus, ne praedia rustica vel suburbana distrahant, nisi, ut id fieret parentes testamento vel codicillis caverint. quod si forte aes alienum tantum erit, ut ex rebus ceteris non possit exsolvi, tunc praetor urbanus, vir clarissimus, adeatur qui pro sua religione aestimet quae potius praedia alienari obligarive debeant manente pupillo actione, si postea potuerit probari obreptum esse praetori. si communis res erit et socius ad divisionem provocet, aut si creditor, qui pignori agrum a parente pupilli acceperit, jus exsequetur, nihil novandum censeo. Daß statt des korrupten „possunt“ der Florentina „potius“ zu lesen ist, ergiebt l. 5 § 10 D. h. t. 27, 9. — Nur die landwirthschaftlichen Grundstücke galten in Rom als sicherste Kapitalanlage, Häuser dagegen wegen der Feuersgefahr bei dem Mangel eines Feuerversicherungswesens als ein sehr unsicherer Besitz. Bachofen a. a. O. S. 126.

2) l. 10, l. 11 D. h. t. 27, 9.

3) l. 3 § 5 D. h. t. 27, 9.

4) Der Mündel behält hiernach die Vindikation. Inwieweit der Beklagte die Herausgabe des von ihm gezahlten noch beim Mündel vorhandenen Kaufpreises verlangen kann, darüber vgl. l. 16 C. de praediis 5, 71.

5) l. 3 pr. C. si major factus 5, 74.

6) l. 3 § 1 C. si major factus 5, 74.

7) l. 22 C. de administratione tutorum 5, 37. Constantinus a 311, insbesondere § 6. Jam ergo venditio tutoris nulla sit sine interpositione decreti, exceptis his dumtaxat vestibus, quae detritae usu aut corruptae servando servari non potuerint; § 7 Animalia quo quesupervacua minorum quin veneant, non vetamus.

8) l. 25, l. 27 C. eod. 5, 37.

9) Kraut a. a. O. S. 145.

§ 51. Kontrolmaßregeln.

Zur Sicherung gehöriger Vermögensverwaltung dienen folgende Maßregeln:

1. Der Vormund wird bei Beginn der Vormundschaft eidlich verpflichtet.

2. Er soll Kaution stellen.[1] [2] Diese Vorschrift läßt jedoch eine allgemeine Durchführung nicht zu.

2. Der Vormund hat bei Beginn der Vormundschaft ein genaues Vermögensverzeichniß — Inventar — aufzunehmen. Hierüber wacht das Vormundschaftsgericht, dem das Inventar einzureichen ist.[3] [4]

4. Der Vormund hat dem Vormundschaftsgericht periodisch Rechnung mit Belegen zu stellen.[5]

5. Die Obrigkeit kann öffentliche Deposition von Geldern,[6] derzeit auch von Inhaberpapieren fordern.

§ 52. Die Vormundschaftsklagen.[1]

In Rom finden sich zwei Arten der Vormundschaftsklagen. Die eine, die actio rationibus distrahendis, ist Deliktsklage. Sie geht

---

1) In Rom wurde Bestellung von Bürgen — satisdatio — vorzugsweise von den tutores legitimi gefordert, l. 5 § 1 D. de legitima tut. 26, 4. Sie, die aus eigenem Rechte und ursprünglich in eigenem Interesse die Tutel führten, genossen am wenigsten Vertrauen und wurden in der späteren Zeit am energischsten in Anspruch genommen; ferner hatten die Satisdation die von niederen Magistraten gegebenen Vormünder zu leisten. Die testamentarischen, desgleichen die von den höheren Magistraten gegebenen Vormünder waren in der Regel kautionsfrei. Gajus Inst. I. § 200. Die Kaution konnte durch prätorische Zwangsmittel, insbesondere durch Pfändung erzwungen werden, § 3 I. de satisdatione tut. 1, 24. Vgl. das nähere bei Keller, Institutionen S. 241, Lenel, edictum S. 251 und 422.

2) Die Reichspolizeiordnung von 1577 Tit. 32 § 3 fordert allgemein von den Vormündern „rechtmäßige genugsame Kaution und Versicherung".

3) l. 7 pr. D. de administratione tut. 26, 7. Das Inventar sollte unter Zuziehung öffentlicher Personen errichtet werden, l. 24 C. eod. 5, 37. Dasselbe liefert Beweis gegen den Vormund l. 13 § 1 C. arbitrium tut. 5, 51, aber der Gegenbeweis des Irrthums ist nicht zu versagen.

4) Erlaß der Errichtung eines öffentlichen Inventars durch den Erblasser des Mündels ist zulässig, l. 13 § 2 C. arbitrium tut. 5, 51. Aber ein privates Verzeichniß des Vermögens wird der Vormund auch in solchem Falle fertigen müssen.

5) Reichspolizeiordnung von 1577 Tit. 32 § 3. Die Pflicht periodischer Rechnungslegung stammt aus dem deutschen Rechte. Es war deutsches Herkommen, daß der Vormund den Verwandten jährlich Rechnung legte.

6) l. 4 C. de administratione tut. 5, 37.

1) Tit. Dig. de tutelae et rationibus distrahendis 27, 3. Cod. arbitrium tutelae 5, 51.

gegen den treulosen Vormund, welcher Mündelgut unterschlug, auf das Doppelte des Unterschlagenen.[2]

Die andere, die actio tutelae, ist bonae fidei judicium.[3] Sie zieht den Tutor wegen der Führung der Vormundschaftsgeschäfte zur Verantwortung, ähnlich wie einen Mandatar.[4]

Die actio rationibus distrahendis entspricht der älteren Epoche des Vormundschaftsrechtes, welche eine Pflicht des Vormundes zu sorgfältiger Verwaltung des Mündelgutes noch nicht kannte. Die actio tutelae, ohne Zweifel weit jünger, stellt uns das Vormundschaftsrecht in seiner entwickelten Gestalt vor Augen.

In das gemeine Recht ist nur die actio tutelae übergegangen.

1. Die actio tutelae directa ist die Klage des Mündels gegen den Vormund.

a) Sie erwächst mit Beendigung der Vormundschaft.[5]

Wegen einzelner Punkte kann jedoch auch vorher Klage erhoben werden,[6] und zwar durch einen von der Vormundschaftsbehörde zu diesem Zwecke angestellten Kurator.

b) In ihrer normalen Gestalt erstreckt sie sich auf die ganze vormundschaftliche Verwaltung.

Der Vormund hat Rechnung zu legen[7] und das Mündelvermögen herauszugeben, wobei er seine im Interesse des Mündels gemachten Auslagen in Abzug bringen kann.[8]

Der Vormund muß ersetzen, was durch seine zurechenbare Schuld — in der Regel durch culpa in concreto — verloren ging.

Die Erben des Vormundes können aber, wenn der Prozeß nicht bereits gegen ihren Erblasser eingeleitet war, nur wegen dolus oder culpa lata desselben in Anspruch genommen werden.[9] Dies um des-

---

2) l. 2 D. h. t. 27, 3, l. 55 § 1 D. de administratione tut. 26, 7. Paulus sententiae II. 30 § 1. Ueber den Namen siehe Rudorff a. a. O. Bd. 3 S. 2. Vgl. auch Lenel, edictum S. 256.

3) Nur für die Tutel wurde eine besondere Klage aufgestellt. Bezüglich des Kurators half man sich mit einer actio negotiorum gestorum, vgl. Lenel, edictum S. 255, vgl. oben Bd. 2 § 121.

4) Die actio tutelae ging an sich nur gegen den Tutor, welcher die Tutel wirklich gerirt hatte. Erst in der Kaiserzeit wurde eine actio utilis gegen den Vormund gegeben, welcher, obgleich er die Delation kannte, die Führung der Geschäfte schuldhafterweise unterlassen hatte — periculo suo cessavit, l. 4 § 3 D. rem pupilli 46, 6.

5) l. 4 D. h. t. 27, 3.

6) l. 9 § 7 D. h. t. 27, 3.

7) l. 1 § 3 D. h. t. 27, 3.

8) l. 1 § 4 D. de contraria 27, 4.

9) l. 1 C. de heredibus tutorum 5, 54.

willen, weil sie oft nicht in der Lage sein werden, die Motive ihres Erblassers vollständig aufzuklären und so dessen Thun oder Unterlassen zu rechtfertigen.

c) Das spätere römische Recht gab dem Mündel eine Generalhypothek gegen den Vormund. Hiervon ist im praktischen Rechte Deutschlands wenig übrig.

Dagegen hat die Konkursordnung das Vorrecht des Mündels im Konkurse des Vormundes, welches bereits das römische Recht geschaffen hatte, erhalten.[10] [11]

2. Die actio tutelae contraria[12] des Vormundes gegen den Mündel geht

a) auf Ersatz der angemessenerweise für den Mündel gemachten Auslagen und zwar mit Zinsen, wie auch auf Abnahme von Verbindlichkeiten, welche der Vormund persönlich auf Rechnung des Mündels übernommen hat,

b) auf das Honorar, welches dem Vormunde vom Erblasser des Mündels oder aus besonderen Gründen von der Obrigkeit bewilligt wurde.[13]

§ 53. Vom Protutor.

In Rom konnte leicht zweifelhaft sein, ob man Tutor sei oder nicht, und oft verwaltete man daher eine Vormundschaft, ohne Tutor zu sein — als Protutor. Denn ob ein Testament gültig sei, in welchem ein Tutor ernannt war, mochte bestritten sein, nicht minder, wer der nächste gesetzliche Erbe, also der gesetzliche Vormund sei. Seit nach der Reichspolizeiordnung nur derjenige Vormund ist, welchen die Obrigkeit dazu bestellt, kommen Irrungen über die Frage, wer Vormund ist, kaum je vor.

Zwischen dem Mündel und dem Protutor treten gegenseitige

---

10) l. 22 D. h. t. 27, 3, l. 44 § 1 D. de administratione tut. 26, 7. — K.O. § 54 Ziff. 5.

11) Mit der actio tutelae kann auch eingeklagt werden, was der Pupill aus anderen Gründen als der vormundschaftlichen Verwaltung vom Vormunde zu fordern hatte, wenn es während der Dauer der Vormundschaft fällig und vom Vormund dem Mündel nicht zu gute gebracht war. Denn hiermit vernachlässigte er seine vormundschaftliche Pflicht. In Folge dessen wird auch für eine solche Forderung das privilegium der Tutelklage begründet, l. 9 § 1 D. de administratione tut. 26, 7.

12) Tit. Dig. de contraria a. 27, 4.

13) l. 33 § 3 D. de administratione tut. 26, 7. Der Vormund kann übliche Vergütung fordern, wenn er dem Mündel besondere Dienste geleistet hat, welche in seinen Beruf schlagen.

Verbindlichkeiten ein, die analog den zwischen dem Mündel und seinem Vormund bestehenden behandelt werden.[1]

Dritte, welche mit dem vermeinten Tutor — dem falsus tutor — in rechtliche Verhandlungen treten, können dadurch benachtheiligt werden, daß diesem in Wahrheit die Befugniß fehlt, den Mündel zu verbinden. Sie erhielten deshalb in Rom Entschädigungsansprüche, wenn der vermeinte Tutor in Dolus war.[2] Nach gemeinem Rechte sind ihnen solche Ansprüche auch wegen bloßer Verschuldung des vermeinten Vormundes zuzugestehen.[3]

---

1) Es war eine eigene actio wegen des Falles vom Prätor proponirt, deren demonstratio lautete: Quod N^s N^s pro tutore A^i A^i negotia gessit; die intentio war fikticiſch, da die Folgen eintreten ſollten, wie wenn der gerirende Tutor geweſen wäre. Tit. de eo qui pro tutore 27, 5; Lenel, edictum S. 257.

2) Der Prätor hatte in dieſer Richtung zwei Edikte aufgeſtellt. Das eine verſprach restitutio in integrum, wenn der Gläubiger des Pupillen mit demſelben unter Autorität eines vermeinten — des falsus tutor — die Litiskonteſtation vollzogen hatten, wodurch er ſeine actio gegen den Pupillen konſumirte, ohne in dem erhobenen Prozeß ſiegen zu können, l. 1 §§ 1, 2 und 6 D. quod falso tutore 27, 6, Lenel edictum S. 99. Das andere Edikt lautete: In eum qui, cum tutor non esset, dolo malo auctor factus esse dicetur, judicium dabo, ut, quanti ea res erit, tantam pecuniam, condemnetur, l. 7 pr. D. eod. 27, 6, Lenel S. 99. Dieſe Dolusklage war zwar zunächſt gleichfalls für den Fall beſtimmt, daß gegen den Pupillen falso tutore auctore Prozeſſe geführt waren, ſie wurde aber auch benutzt, wenn Kontrakte mit dem Mündel unter der falſchen Auktorität eingegangen waren, l. 11 pr. D. eod. 27, 6. Sie wurde übrigens offenbar zu einer Zeit aufgeſtellt, in welcher die generelle Klage wegen Dolus noch nicht proponirt war. Vgl. oben Bd. 2 § 136.

3) Vgl. oben Bd. 2 § 10.

Fünftes Buch.

Das Erbrecht.[1]

Erster Abschnitt.

Die allgemeinen Lehren.

I. Das Wesen des Erbrechtes.

§ 54. Würdigung des Erbrechtes.

Den Schlußstein des Privatrechtes bildet das Erbrecht, d. h. die Nachfolge der Lebenden in die Rechte eines Verstorbenen.

Viele bezeichnen als das ausschließliche Gebiet des Erbrechtes das Vermögen des Erblassers.[2] Doch seine Sphäre ist eine weitere. Auch im öffentlichen Rechte ist es von größter Bedeutung. Vornehmlich ist die Regierungsgewalt in den deutschen monarchischen Staaten und demgemäß das deutsche Kaiserthum erblich.

Im Privatrechte ist zwar der Uebergang des Vermögens des

1) Die besonderen Bearbeitungen des Erbrechtes sind zum Theil veraltet, zum Theil bloße Bruchstücke. Unvollendet ist Köppen, System des Erbrechtes 1. und 2. Lieferung 1862 und 1864, und Lehrbuch des Erbrechtes 1. Abth. 1886, Schirmer, Handbuch des Erbrechtes I. Theil 1863. Die beste Bearbeitung der erbrechtlichen Streitfragen ist von Vangerow, Pandekten Bd. 2. Erbrechtliche Abhandlungen enthält auch der zweite Band der civilistischen Schriften von Arndts. Ein massenhaftes Material findet sich bei Glück von Bd. 33 an. Es gehört ferner hierher Gans, das Erbrecht in welthistorischer Entwickelung 4 Bde. 1824 ff., wovon der zweite Band das römische Erbrecht betrifft. Auch kommt in Betracht F. Mommsen, Entwurf eines deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht 1876, ferner Unger, das österreichische Erbrecht, Bd. 6 seines österreichischen Privatrechtes. Reiches Material enthält auch Gruchot, Preuß. Erbrecht in Gloffen zum allg. Landrecht auf römischer und germanischer Grundlage 3. Bd. 1865 ff.

2) Unger a. a. O. § 2 Anm. 3.

Verstorbenen die Hauptsache, keineswegs aber der ausschließliche Gegenstand des Erbrechtes.

Das Erbrecht ist eine durch die Geschichte bewährte Institution, welche nicht minder den berechtigten Ansprüchen der Individuen, wie dem Bedürfnisse der bürgerlichen Gesellschaft entspricht.[3]

Denn die Persönlichkeit des Einzelnen wird gesteigert durch sein Recht der letztwilligen Verfügung. Erst durch seine Vererblichkeit erhält ferner das Eigenthum seinen vollen Werth. In Folge derselben dient es nicht bloß flüchtigem Genuß und eiligem Verthun, wird vielmehr zur dauernden Grundlage des Wohlseins der Familien, welche zu erwerben und zu erhalten verstehen.

Die hierdurch geförderte Vermehrung des Kapitals kommt der bürgerlichen Gesellschaft überhaupt zu gute. In der Stetigkeit der Besitzverhältnisse, welche das Erbrecht schafft, findet der Staat selbst die festen Strebepfeiler, auf welche er seine Unvergänglichkeit gründet.

Die Römer würdigten das Erbrecht vorzugsweise als ein Gut, welches die Persönlichkeit des Erblassers potenzirt. In Rom dominirte daher das Testament.[4] Der deutschen Auffassung ist mehr die sociale Bedeutung des Erbrechtes von Gewicht. Hier tritt die Erbberechtigung der Familie in den Vordergrund.[5]

§ 55. Der Erbe und der Vermächtnißnehmer.

Der Tod vernichtet das Subjekt, an welches sich Rechte und Verbindlichkeiten knüpften. Dem Vermögen ist sein Mittelpunkt genommen.

Die so gerissene Lücke ist auszufüllen. Dabei machen sich Interessen des Nachfolgers geltend, nicht minder aber gebieterische Anforderungen des Verkehres und des Kredites. Denn eine regelmäßige Kreditgewährung ist nur möglich, wenn für die Berichtigung der Schulden und Verbindlichkeiten auch im Falle des Absterbens der Schuldner gesorgt ist.

Die Lösung des Problems geschieht durch die Universalsuccession des Erben.[1]

---

3) Die ältere naturrechtliche Schule betrachtete den Untergang der Rechte mit dem Tode des Eigenthümers als das „natürliche", das Erbrecht daher als eine rein „positive" staatliche Einrichtung. Vgl. hiergegen Unger a. a. O. § 1 Anm. 1.

4) Quintiliani declamatio CCCVIII: Neque enim aliud videtur solacium mortis quam voluntas ultra mortem.

5) Die Neueren legen — einseitig — alles Gewicht auf die objektive und sociale Rechtfertigung des Erbrechtes; siehe Unger a. a. O. und dort citirte.

1) l. 62 D. de R. J. 50, 17. Julianus libro 6 Digestorum: Hereditas nihil

Der Erbe setzt die Persönlichkeit des Erblassers fort, er repräsentirt den Erblasser.[2]

Diese Formulirungen, früher allgemein angenommen, haben in neuerer Zeit Beanstandung gefunden.[3] Unnöthig sei es, den Schatten des Verstorbenen hineinzubeschwören! Doch das ist nicht gemeint. Es handelt sich um reale Dinge. Die Person des Verstorbenen wirft eben noch ihren Schatten. Der Erbe repräsentirt den Erblasser, d. h. er hat dessen Angelegenheiten so abzuwickeln, wie dieser es hätte thun müssen. Er setzt dessen Person fort, d. h. Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers sind auch die seinen, und ihm liegt es ob, die Anordnungen des Erblassers zu verwirklichen.

Der Erbe erwirbt also das Gesammtvermögen des Erblassers als Einheit.

Insbesondere fallen ihm alle Vermögenstheile desselben, soweit sie vererblich sind, unmittelbar mit dem Erschaftserwerbe zu. Die Formen, welche zum Erwerbe von Objekten als einzelner erfordert werden, sind daher für die Nachfolge des Erben nicht bestimmt.[4] Auch solche Objekte, von deren Erwerb als einzelner der Erbe wegen eines Mangels in seiner Erwerbsfähigkeit ausgeschlossen wäre, gehen auf ihn als Theile der Gesammtheit über.[5] Durch die Universalsuccession wird er auch Eigenthümer der Nachlaßsachen, von deren Existenz er nichts weiß oder die er nicht haben will.

Andererseits wird der Erbe mit dem Erbschaftserwerb Schuldner der Schulden des Erblassers und hat für die Rechtshandlungen des Erblassers vermögensrechtlich aufzukommen, wie für die eigenen. Dies ohne Rücksicht darauf, ob der Nachlaß zahlungsfähig ist oder nicht.[6]

---

aliud est, quam successio in universum jus, quod defunctus habuerit. Verwandte Stellen siehe bei Arndts § 464 Anm. 2.

2) Die Römer sprechen vorzugsweise von einem „succedere in locum defuncti". Gajus Inst. IV § 34. Häufig wird die Aeußerung der nov. 48 praef. citirt: „nostris videtur legibus una quodammodo persona heredis et illius qui hereditatem in eum transmittit".

3) Brinz, Pand. 1. Aufl. Bd. 1 § 156, Windscheid Bd. 3 § 605 Anm. 6 und 7, vgl. auch Brinz Bd. 3 S. 3 der zweiten Auflage.

4) Wo also sonst die Uebereignung von Grundstücken an die Umschreibung im Grundbuche gebunden ist, wird der Erbe ohne solche Eigenthümer der erbschaftlichen Grundstücke.

5) l. 62 D. de a. r. d. 41, 1. Paulus libro 2 manualium: Quaedam, quae non possunt sola alienari, per universitatem transeunt, ut fundus dotalis, ad heredem et res, cujus aliquis commercium non habet: nam etsi legari ei non possit, tamen heres institutus dominus ejus efficitur. Vgl. l. 9 pr. § 1 D. de re militari 49, 16.

6) l. 119 D. de V. S. 50, 16. Pomponius libro 3 ad Quintum Mucium:

Und zwar haftet er auch mit dem eigenen Vermögen. Erst Justinian hat dem Erben in der rechtzeitigen Errichtung eines Inventars über den Bestand des Nachlasses das Mittel gegeben, seine Verpflichtungen auf den Betrag der Nachlaßmasse zu beschränken.

Hervorzuheben ist, daß der Erbe den Erblasser nicht bloß, wie man meist unterstellt, in vermögensrechtlicher Hinsicht repräsentirt.[7] Ihm liegt unter anderem die Bestattungspflicht ob und in Folge dessen die Wahrung der Rechte des Erblassers auf eine Grabstätte.[8]

Mehrere können zusammen als *Miterben* — coheredes — berufen werden.

Die Konkurrenz beschränkt die Berufung jedes Miterben auf einen Bruchtheil — eine Quote — des Nachlasses; aber jeder gilt zugleich *eventuell*, d. h. für den Fall der Beseitigung der Konkurrenz der Miterben, auf das Ganze des Nachlasses auch quantitativ berufen. Sowie es sich daher entscheidet, daß einer der Miterben die ihm angetragene Quote nicht erwirbt, gebührt sie den übrigen. Man nennt dies *Akkrescenz* oder *Anwachsung*. Denn die zunächst auf eine Quote beschränkte Erbberechtigung wächst in Folge innerer Triebkraft und erfaßt damit die ausgefallene Portion.[9] [10]

Neben der Erbsuccession finden sich *Vermächtnisse* d. h. letztwillige Zuwendungen *einzelner Vermögensrechte* zu Lasten des Erben. Ihr Erwerb ist rechtlich bedingt durch den Eintritt eines Erben.

Nur der Erbe repräsentirt den Erblasser, nicht aber der Vermächtnißnehmer. Der Vermächtnißnehmer kann daher für die Erbschaftsschulden selbst dann nicht in Anspruch genommen werden, wenn er mehr als der Erbe aus dem Nachlasse erhält, ja wenn ihm dessen ganzer Werth zugewendet sein sollte.

Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem: juris enim nomen est sicuti bonorum possessio.

7) So namentlich Puchta, Vorlesungen § 446: „Die Natur des Erbrechtes besteht darin, daß der Erbe die *Vermögensperson* des Erblassers repräsentirt, daß sie in ihn übergegangen ist und von ihm dargestellt wird."

8) Nach R.G. Bd. 12 S. 288 ist der Erbe zur Klage gegen eine Kirchengemeinde auf Gestattung des ehrlichen Begräbnisses seines Erblassers legitimirt. Es handelte sich um Bestattung der Leiche eines im Duell getödteten Sohnes des Klägers, welche inzwischen provisorisch auf einem auswärtigen Kirchhofe beigesetzt war.

9) Die Akkrescenz ist keine neue Berufung zu Gunsten des Akkrescenzberechtigten. Sonst müßte dieser den Fall erleben. Das ist nicht der Fall. Die Anwachsung verwirklicht sich vielmehr auch bei den Erben des Akkrescenzberechtigten, l. 26 § 1 D. de condit. et demonstrat. 35, 1. Daher pflegt man zu sagen: „portio portioni accrescit".

10) Ueber Akkrescenz haben neuerdings vorzugsweise geschrieben: Strohal, Transmission 1879 S. 90 und Hofmann, kritische Studien, 1885 S. 57. Dort siehe die Litteratur.

Dagegen bestehen folgende Rechtssätze:

a) Vermächtnisse sind nur insoweit gültig, als die Aktiven des Nachlasses die Passiven übersteigen. Unter allen Umständen gehen die Gläubiger des Erblassers den Vermächtnißnehmern vor.

b) Die lex Falcidia fordert, daß dem Erben der vierte Theil seiner Erbportion frei von Vermächtnissen verbleibt. Soweit diese Quart überschritten ist, mindern sich die Vermächtnisse von Rechtswegen.

II. Voraussetzungen der Erbfolge.

§ 56. Der Erblasser.

Beerbt werden kann jeder Mensch.[1] Mitglieder eines Klosterordens sind jedoch nach kanonischem Rechte unfähig.[2]

Vorausgesetzt ist der Tod, oder doch mindestens die rechtskräftige gerichtliche Todeserklärung. Hereditas viventis non datur. Solange also ein Individuum lebt, kann es nicht beerbt werden, auch nicht mit seinem Willen.

Hiernach gilt auch der Verkauf der Erbschaft eines noch Lebenden als ohne Objekt und nichtig.[3]

Können juristische Personen beerbt werden? Dies ist zu verneinen. Dennoch ist ihr Vermögen in Ermangelung besonderer gesetzlicher oder statutarischer Bestimmungen bei ihrem Erlöschen nach Analogie erbloser Verlassenschaften zu behandeln, so daß es wie diese an den Fiskus fällt.[4]

§ 57. Gründe der Erbfolge.

In Rom gab es nur zwei Gründe der Erbfolge:

1. das Testament, die einseitige letztwillige widerrufliche Berufung eines Erben seitens des Erblassers,

---

1) In Rom gab es Menschen, die nicht beerbt werden konnten. So insbesondere Sklaven, l. 4 C. communia de successionibus 6, 59. Gleiches galt nach älterem Rechte für Hauskinder, l. 11 D. de fidejussoribus 46, 1; nach justinianischem Rechte hinterlassen sie Erben; nur können sie in der Regel nicht testiren. Peregrinen wurden nicht nach römischem Rechte, sondern nur nach dem Rechte ihres Staates beerbt. Römer aber, welche das Bürgerrecht zur Strafe verloren, konnten, da sie nirgends Bürger waren, Erben nicht hinterlassen, l. 7 § 5 D. de bonis damnatorum 48, 20; l. 8 §§ 1 ff. D. qui test. facere 28, 1.

2) Cap. 2, X. de testamentis 3, 26, Hellmann, das gemeine Erbrecht der Religiosen 1874.

3) l. 1 D. de hered. vend. 18, 4; l. 27 D. de acq. vel om. hered. 29, 2.

4) Vgl. oben Bd. 1 § 64 Anm. 7.

2. das Gesetz, d. h. die Rechtsnorm, welche in Ermangelung eines Testamentes einen Erben beruft — den gesetzlichen oder Intestaterben.

3. Das gemeine Recht hat den Erbvertrag hinzugefügt, mittels dessen der Erlasser dem Vertragserben seinen Nachlaß kontraktlich, also in unwiderruflicher Weise zusichert.

Für das Verhältniß von Testament und Gesetz findet sich die Regel: „nemo ex parte testatus, ex parte intestatus decedere potest".[1] Danach kann der Erblasser seine Testamentserben nicht auf einen Theil seines Nachlasses einsetzen, so daß er den anderen den Intestaterben beläßt. Vielmehr gelten folgende Sätze:

a) Sind die Testamentserben im Testamente auf einen Theil des Nachlasses beschränkt, so erhalten sie gleichwohl auch den anderen Theil. Die Intestaterben sind völlig ausgeschlossen.

b) Sind Miterben testamentarisch eingesetzt und erwirbt einer das ihm zugedachte nicht, so wächst es regelrecht den testamentarisch mitberufenen an, die ihre Portion erwerben. Dies auch dann, wenn der Testator erklärtermaßen das Gegentheil wollte.

c) Die Regel wird paralysirt, wenn der Intestaterbe die Anfechtung des Testamentes gegen einen der Testamentserben durchsetzt und gerichtliche Rescission desselben ihm gegenüber erlangt, während er hierzu dem anderen Testamentserben gegenüber nicht im Stande ist. Dann kommt es durch die Kraft des Urtheiles zu einer Konkurrenz der testamentarischen und der Intestaterbfolge.[2]

d) Unanwendbar war die Regel bei Testamenten der Soldaten. Denn für sie ist der Wille des Erblassers das maßgebende.[3]

Das alles scheint ein Räthsel. Ist doch das Testament auch der

---

1) Cicero de inventione II, 21: Unius pecuniae dissimilibus de causis heredes esse non possunt, nec unquam factum est, ut ejusdem pecuniae alius testamento, alius lege heres esset, l. 7 D. de R. J. 50, 17. Pomponius libro 3 ad Sabinum: Jus nostrum non patitur eundem in paganis et testato et intestato decessisse: earumque rerum naturaliter inter se pugna est „testatus" et „intestatus", § 5 J. de heredibus instituendis 2, 14, ... neque idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles, cujus sola voluntas in testando spectatur.

2) l. 15 § 2 D. de inofficioso test. 5, 2. Papinianus libro 14 quaestionum: Filius, qui de inofficiosi actione adversus duos heredes expertus diversas sententias judicum tulit et unum vicit, ab altero superatus est... credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum: et ideo pars hereditatis in testamento remansit nec absurdum videtur pro parte intestatum videri.

3) l. 6 D. de testamento militis 29, 1. Ulpianus libro 5 ad Sabinum: Si miles unum ex fundo heredem scripserit, creditum quantum ad residuum patrimonium intestatus decessisset: miles enim pro parte testatus potest decedere, pro parte intestatus.

Nichtsoldaten nichts anderes als eine Willenserklärung. Im Willen des Erblassers hat es seine Quelle und ihm entnimmt es seine Kraft. Und doch erhält es eine Wirkung, die mit dem Willen des Erblassers in Widerstreit steht und weit über ihn hinausgreift![4]

Viele versuchen dies als eine Konsequenz der erbrechtlichen Principien zurecht zu legen. Aber ihre Spekulationen und Konstruktionen sind nicht gelungen. Offenbar sind die Gründe historische.

Eine Handhabe gab, daß die 12 Tafeln die gesetzlichen Erben nur für den Fall beriefen: „si intestato moritur". Die Jurisprudenz konnte hieraus argumentiren, daß auch ein Testament über einen bloßen Theil der Erbschaft die Intestaterben ausschließe. Zwingend war dieser Schluß aber keineswegs. Der entscheidende Grund lag also hierin nicht. Wir finden ihn in folgendem.

Der altrömischen Zeit war ein einfaches, leicht zu handhabendes Recht unentbehrlich. Die Geschworenen, welche über die Privatrechtshändel entschieden, waren nicht im Stande, komplicirten Verhältnissen gerecht zu werden.

Die Kombination nun der Bestimmungen eines Testamentes, welches nur über Theile des Nachlasses verfügt, oder gar mehrerer solcher Testamente mit Anrechten von Intestaterben, ist oft eine schwierige. An dieser Aufgabe müht sich nicht selten auch der geschulte Verstand rechtsgelehrter Richter ohne überzeugenden Erfolg ab.

Der römische judex ließ sich auf solche Verwickelungen nicht ein. Wurde ein Testament beigebracht, so legte er es ausschließlich seinem Urtheile zu Grunde. Ein anderes Verfahren hätte als unausführbar und unpraktisch gegolten.

4) Ueber den Grund gehen die Ansichten sehr auseinander. Vgl. die Uebersicht von Mühlenbruch bei Glück Bd. 40 S. 142 und Gruchot a. a. O. Bd. 1 S. 373. Die Abhandlung von Huschke im rheinischen Museum Bd. 6 n. 8 und von Hölder, Beiträge zum römischen Erbrechte n. 9 enthalten in Widerlegung früherer Ansichten manches treffende, ihre eigenen Ausführungen sind unbefriedigend. Thibaut, civ. Abhandlungen S. 62 erklärt die Regel aus dem Wortlaute der 12 Tafeln, Hofmann, kritische Studien n. 4 aus dem „favor testamenti". Hierin liegen beachtenswerthe Momente, aber eine ausreichende Begründung ist damit nicht gegeben. Köppen, Lehrbuch des Erbrechts S. 88 und Amiet: der praktische Grund der Regel nemo pro parte testatus, Straßburger Inauguraldissertation 1883, suchen den Grund in der Absicht der Ausschließung des Konkurses über eine Erbschaftsquote. Bei der Schwierigkeit, — führen sie aus — eine Quote der erbschaftlichen Aktiva zu ihrem vollen Werthe zu veräußern, fordere das Interesse der Erbschaftsgläubiger, daß die Erbschaft nur ganz Gegenstand der Erbfolge oder ganz Gegenstand des Konkurses werden könne. Auch dies ist nicht überzeugend. Hätte hierin im alten Rom ein entscheidender Gesichtspunkt gelegen, so hätte man die Verhältnisse der Miterben ganz anders gestalten müssen, als geschah. Denn die Miterben erhalten bekanntlich ideelle Theile der Nachlaßobjekte und die Erbschaftsschulden sind unter sie getheilt, so daß der Erbschaftsgläubiger, wenn der einzelne Miterbe seine Rate nicht zahlen kann, ganz regelrecht auf die Veräußerung des ideellen Theiles desselben verwiesen ist.

Dasselbe Motiv führte zur Regel, daß das jüngere Testament nothwendig durch seine Existenz das ältere aufhebe, wenn auch die Bestimmungen beider ihrem Inhalte nach verträglich gewesen wären.[5]

In der Kaiserzeit hatten sich die Verhältnisse freilich geändert.

Jetzt besaßen die römischen Richter die geistige Freiheit und die gereifte Bildung, um die Kombination mehrerer Berufungsgründe in das Werk zu setzen. Doch nunmehr hatte sich die alte Regel dem Rechte inkrustirt. Die Testamente waren auf dieselbe zugeschnitten. Sie erhielt sich daher als Tradition des älteren Rechtes.

Nur bei der neuen Rechtsbildung der Soldatentestamente wendete man sie nicht an.

Die Doktrin des gemeinen Rechtes übernahm auch die altrömische Regel.[6] Dennoch konnte sie nie in der deutschen Volksauffassung Wurzel fassen und sich auch nicht in einer gesunden Praxis einbürgern.[7]

In der That sind ihr bereits im jüngsten römischen Rechte wesentliche Stützen entzogen. Diese lagen darin, daß nach früherem Rechte jede Erbeseinsetzung ausdrücklich zu geschehen hatte. Im späteren Rechte kann die Erbeseinsetzung auch stillschweigend geschehen. Wer nun bloß über einen Theil seines Nachlasses testamentarisch verfügt, spricht damit nach der heutigen Auffassung den Willen aus, daß die übrigen Theile den Intestaterben zufallen sollen. Diese sind hiernach berufen.[8]

---

5) Nur der Soldat konnte aus mehreren, zu verschiedenen Zeiten verfertigten Testamenten beerbt werden, l. 19 pr. D. de testamento militis 29, 1.

6) Vgl. Gruchot a. a. O. Bd. 1 S. 377. So noch der codex Max. bav. civ. Th. 3 Kap. 3 § 9, wozu Kreittmayr bemerkt: „Man verkennt nicht, daß dieses eine bloße römische Subtilität sei, welche ausgemustert zu werden verdient hätte. Demohngeachtet läßt es unser codex dabei bewenden, weil sich hieran nichts hätte reformiren lassen, ohne den langen Schweif, welcher daran hängt, gleichfalls mit wegzuschneiden". Anders das A.L.R. für die preuß. Staaten. Suarez fand es äußerst empörend für den gesunden Menschenverstand, daß, wenn der Testator in seinem Testamente ausdrücklich gesagt hat: filius soll mein Erbe sein, er soll aber nur die Hälfte meines Nachlasses bekommen — dieser filius jenem principio zu Gefallen dennoch das Ganze bekommt: ob es gleich klar ist, daß der Testator die andere Hälfte seines Nachlasses seinen nächsten Verwandten hat lassen wollen.

7) Gegen die Geltung der Regel erklärte sich unter anderen: Mühlenbruch bei Glück Bd. 38 S. 79, aber vgl. auch S. 345. Windscheid Bd. 3 § 537 Anm. 7 sucht in folgender — wie wir meinen, unzureichender — Weise zu helfen: „Für das heutige Recht ist die Frage, ob in der Erbeseinsetzung auf einen Theil des Nachlasses im Sinne des Erblassers eine Berufung zur Erbschaft und nicht vielmehr bloß die Anordnung eines Vermächtnisses gefunden werden müsse, viel eher im Sinne der letzteren Alternative zu beantworten, als sie nach römischem Rechte beantwortet werden dürfte."

8) In Folge des Reichsmilitärgesetzes vom 2. Mai 1874 § 44 ist das Soldatentestament, abgesehen von seiner privilegirten Form, dem gemeinen Erbrecht unterworfen. Stellt man sich auf den Standpunkt unseres Textes, so bedurfte es in der That bezüglich der Regel nemo pro parte einer besonderen Bestimmung für die Soldatentestamente nicht mehr.

Anerkannt ist, daß ein Erbvertrag über einen bloßen Theil des Nachlasses die Intestaterbfolge bezüglich der anderen Theile der Erbschaft nicht ausschließt.

§ 58. Der Erwerb der Erbschaft.[1]

Der Erbschaftserwerb verlangt gewisse objektive Thatsachen und den Willen Erbe zu sein.

1. Die objektiven Thatsachen, die zum Erbschaftserwerbe erfordert werden, bilden die Delation oder Berufung. Es ist dies ein bildlicher, aber bezeichnender Ausdruck. Denn der Erbberechtigte ist durch jene Thatsachen vor die Entscheidung gestellt, ob er Erbe sein will, oder nicht. Das erscheint so, als erginge von Seiten des Rechtes an ihn der Ruf oder der Antrag zum Erbewerden.[2]

Der Tod des Erblassers ist die für die Beerbung unentbehrliche Thatsache. Daher tritt die Berufung frühestens mit dessen Tode ein.

Oft bedarf es aber noch späterer Ereignisse. Die Berufung steht beispielsweise trotz des Todes des Erblassers noch aus, wenn eine der Erbeseinsetzung zugefügte Bedingung noch schwebt oder wenn ein Embryo der nächste Erbe für den Fall seiner lebenden Geburt sein wird.

Der Ausdruck Berufung wird nicht immer als technischer gebraucht. Insbesondere spricht man auch von einer Berufung mittels Testamentes bei Lebzeiten des Erblassers bloß im Sinne von Erwählung des Erben.

2. In der Regel erwirbt man die Erbschaft durch Willensentschluß. Dies gilt nämlich bei allen Personen, welche nicht in der Gewalt des Erblassers bis zu dessen Tode standen, den extranei oder voluntarii heredes.

Anders ist es bei den Gewaltuntergebenen des Erblassers, im heutigen Rechte ausschließlich bei den Hauskindern desselben.[3]

Diese erwerben die Erbschaft ohne ihr Wissen und Wollen, selbst wenn sie überschuldet sein sollte. Jedoch gab ihnen der Prätor das Recht, sich dadurch von der Erbschaft loszumachen, daß sie sich derselben

1) Köppen, Lehrbuch S. 76. Vgl. auch Hofmann, kritische Studien S. 69.

2) l. 151 D. de V. S. 50, 16. Terentius Clemens libro 5 ad legem Juliam et Papiam: „Delata“ hereditas intellegitur, quam quis possit adeundo consequi. Die Delation wird nicht dadurch aufgehalten, daß der Berufene durch subjektive, in seiner Person liegende Gründe momentan an dem Erwerbe verhindert ist. Hofmann a. a. O. S. 70.

3) In Rom erwarben zwangsweise die Erbschaft auch die mit der Freiheit als Erben eingesetzten Sklaven des Erblassers, necessarii heredes.

enthielten — beneficium abstinendi. So werden auch sie definitiv Erben erst durch ihre Einmischung — einen Willensakt. Daher fällt auch bei ihnen Berufung und definitiver Erwerb keineswegs zusammen.

Wer einmal durch seinen Willensentschluß Erbe geworden ist, ist Erbe für immer. Der Erblasser kann also nicht Erben auf Zeit oder bis zu gewissen Ereignissen einsetzen. Semel heres, semper heres.[4]

§ 59. Die Erbfähigkeit.

Zu unterscheiden ist die Erbfähigkeit, die Fähigkeit zu erben im allgemeinen, und die Kapacität, d. h. das Recht, etwas aus einem bestimmten Nachlasse von Todeswegen zu erwerben.

1. Der römischen Auffassung war die Erbfähigkeit ein Vorrecht. Dasselbe stand nur römischen Bürgern zu, und außerdem deren Sklaven, was aber auch nur zu Gunsten der Bürger Wirkung hatte.[1]

In zahlreichen Fällen war auch römischen Bürgern die Erbfähigkeit zur Strafe entzogen.[2]

Das Vorrecht zu Erben eingesetzt zu werden, hatten ferner gewisse juristische Personen, insbesondere der Fiskus, die Gemeinden, die christliche Kirche und deren fromme Stiftungen. Andere Korporationen konnten es nur durch besondere Privilegien erhalten.[3]

---

4) Vgl. hierzu aber unten § 65.

1) Es waren daher insbesondere Peregrinen erbunfähig, l. 6 § 2 D. de heredibus instituendis 28, 5, nicht minder deren Sklaven.

2) Erbunfähig zur Strafe waren namentlich a) alle zu einer Kapitalstrafe Verurtheilten, da sie entweder „servi poenae“ oder Peregrinen wurden, b) Ketzer und Apostaten, c) Söhne und Töchtern von Hochverräthern; d) die Wittwe, welche das Trauerjahr verletzte, konnte nur Verwandte bis zum dritten Grade ab intestato beerben und nicht testamentarisch zur Erbin eingesetzt werden. Das nähere siehe bei Bangerow Bd. 2 § 404.

3) Ueber die Erbfähigkeit juristischer Personen vgl. Binding — der ältere — lin der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 8 S. 293 und die dort citirten Abhandungen, vgl. auch Pernice, Labeo Bd. 1 S. 260 ff. a) Die Erbfähigkeit des römischen Staates wurde nie beanstandet, Pernice a. a. O. S. 264. b) Die Gemeinden dagegen galten lange Zeit als unfähig, zu Erben eingesetzt zu werden, wofür Ulpian fragmenta XXII § 5 folgende wohl alt überlieferte, fadenscheinige Gründe beibringt: „nec municipia nec municipes heredes institui possunt, quoniam incertum corpus est et neque cernere universi neque pro herede gerere possunt ut heredes fiant.“ Der ursprüngliche Grund war ohne Zweifel ein politischer, den man nicht eingestehen wollte: die Eifersucht Roms auf die Municipien. In der Kaiserzeit wurden letztwillige Zuwendungen an Stadtgemeinden — zunächst Vermächtnisse, Universalfideikommisse, schließlich auch Erbeinsetzungen — verstattet. Die Municipien waren nicht mehr gefährlich, bedurften vielmehr der Zuschüsse durch Erbschaften zur Deckung ihrer Deficits gar sehr. Die l. 12 C. de heredibus inst. 6, 24 von Leo erkennt das Erbrecht der Städte allgemein an. c) Die Erbfähigkeit der

Die teſtamentariſche Erbfähigkeit — testamenti factio passiva — mußte in drei Zeiten vorhanden ſein:

a) zur Zeit der Teſtamentserrichtung,

b) zur Zeit des Todes des Erblaſſers oder, wenn die Einſetzung bedingt war, der Erfüllung der Bedingung. Unfähigkeit zwiſchen der Teſtamentserrichtung und dem Tode des Erblaſſers oder dem Eintritte der Bedingung wurde nicht beachtet.[4]

c) Die Fähigkeit mußte endlich von der Zeit der Berufung bis zum Erwerbe beſtehen.

Die Kapacität mußte nur zur Zeit der Berufung und des Erbſchaftserwerbes vorhanden ſein.

2. Nach gemeinem Rechte iſt die Erbfähigkeit kein Vorrecht mehr. Sie iſt in der allgemeinen Rechtsfähigkeit inbegriffen. Gewohnheitsrechtlich ſteht es insbeſondere feſt, daß juriſtiſche Perſonen ohne weiteres erbfähig ſind.[5]

Die Lehre von den drei Momenten iſt gemeinrechtlich weggefallen.

Geſellſchaften ohne juriſtiſche Perſönlichkeit haben auch die Erbfähigkeit nicht. Sind ſie gleichwohl inſtituirt, ſo kann die Meinung geweſen ſein, die einzelnen Mitglieder einzuſetzen. Iſt dies nicht der Fall, ſo iſt die Einſetzung gegenſtandslos.

Nach herrſchender Anſicht iſt allgemeine Bedingung der Erbfolge: Exiſtenz des Erben im Augenblicke des Todes des Erblaſſers.[6] Nur der Embryo, welcher damals im Mutterleibe war, gilt für den Fall lebendiger Geburt außerdem als erbfähig.

Doch jener Satz, welcher auch der modernen Rechtsauffaſſung nicht entſpricht,[7] iſt ohne römiſche Grundlage.

Es ſteht mit ihm namentlich im Widerſpruche, daß der römiſche

---

chriſtlichen Kirche gewährleiſtete bereits Konſtantin in der l. 1 C. de sacrosanctis ecclesiis 1, 2, d) die frommer Stiftungen beſtätigt l. 48 C. de episcopis 1, 3. e) Bezüglich anderer juriſtiſcher Perſonen beſtimmt l. 8 C. de hered. inst. 6, 24. Diocletianus et Maximianus: Collegium, si nullo speciali privilegio subnixum sit, hereditatem capere non posse dubium non est.

4) Die Zwiſchenzeit zwiſchen der Teſtamentserrichtung und der Delation ſchadete alſo nichts, l. 60 § 4 D. de heredibus instituendis 28, 5. Celsus libro 16 Digestorum: Si heres institutus scribendi testamenti tempore civis Romanus fuit, deinde ei aqua et igni interdictum est, heres fit, si intra illud tempus quo testator decessit redierit aut, si sub condicione heres institutus est, quo tempore condicio exsistit.

5) Manche neuere erachten die römiſchen Beſchränkungen der Erbfähigkeit juriſtiſcher Perſonen noch heute für maßgebend. Sie ignoriren damit die geſchichtliche Entwickelung ſeit dem Mittelalter, vgl. Gierke, das deutſche Genoſſenſchaftsrecht Bd. 3 S. 373, Arndts § 471 Anm. 3.

6) Vgl. z. B. Arndts § 471 Anm. 1.

7) Vgl. Seuffert, Archiv Bd. 8 n. 63.

Erblasser seinem Sklaven gültig von einem künftigen Termine an die Freiheit hinterlassen und ihn doch zum Erben einsetzen konnte.[8] Obgleich der solchergestalt instituirte im Augenblicke des Todes nicht Person war, wurde er mit Herankommen des Termins Erbe!

Eine andere Frage ist, ob im Augenblicke des Todes des Erblassers noch nicht koncipirte Personen als dessen Verwandte anzusehen und zu seiner Intestaterbschaft berufen sind. Dies verneinte noch das Pandektenrecht. Ob es durch die Novelle 118 modificirt wurde, ist später zu erörtern.

Es giebt noch im heutigen Rechte Fälle beschränkter Kapacität.

§ 60. Indignität.[1]

Die Indignität spielt im Erbrechte der römischen Kaiserzeit eine große Rolle.

Testamentarische und gesetzliche Erbschaften sowie Vermächtnisse wurden nämlich in sehr vielen Fällen wegen Indignität entzogen und — als ereptorium — von anderen in Anspruch genommen.

Es giebt zwei Hauptgruppen der Indignitätsgründe:

1. Mißachtung des Erblassers oder seines Andenkens oder seines letzten Willens. Insbesondere ist unwürdig, wer den Erblasser dolos tödtet oder verkommen läßt;[2] ferner wer im Falle der Ermordung

---

8) l. 9 §§ 17 und 18 D. de heredibus instituendis 28, 5. Ulpianus libro 5 ad Sabinum: Si servus ex die libertatem acceperit et hereditatem pure, mox sit alienatus vel manumissus, videamus, an institutio valeat. et quidem si alienatus non esset, potest defendi institutionem valere, ut die veniente libertatis, quae hereditatem moratur, competente libertate et heres necessarius existat. Sed si in diem libertas, hereditas autem sub condicione data sit, si condicio post diem advenientem exstiterit liber et heres erit.

1) Tit. Dig. de his, quae ut indignis 34, 9, Cod. de his quibus ut indignis auferuntur et ad S. C. Silanianum 6, 35. Keller, Institutionen S. 390, Vangerow Bd. 2 § 565.

2) Es ist Streitfrage, ob auch dem die Erbschaft entrissen wird, welcher durch levis culpa den Tod des Erblassers verschuldet hat. Nach l. 10 C. h. t. 6, 35 ist gefordert „dolo malo maritum necatum". Dafür, daß auch einfache Verschuldung genüge, führt man gewöhnlich an l. 3 D. h. t. 34, 9. Marcianus libro 5 regularum: Indignum esse divus Pius illum decrevit, qui manifestissime comprobatus est id egisse, ut per neglegentiam et culpam suam mulier, a qua heres institutus erat, moreretur. Hier ist aber die Rede, daß der Gatte die Gattin, seine Erblasserin, planmäßig vernachlässigte und verkommen ließ, also von einem Falle des Dolus. So auch Keller a. a. O. S. 390, dagegen freilich Vangerow a. a. O., Windscheid Bd. 3 § 670 Anm. 1. Die Exception tritt auch gegenüber Intestaterben, welche den Tod des Erblassers dolos herbeiführten, ein, vgl. l. 9 D. de jure fisci 49, 14; Keller a. a. O.

desselben die Verfolgung seines Mörders versäumt.[3] [4] Unwürdig sind auch die Intestaterben, welche den wahnsinnigen Erblasser hülflos trotz Aufforderung im Stiche lassen.[5]

Nicht minder gilt als unwürdig, aus einem letzten Willen etwas zu erhalten, wer ihn als falsch[6] oder inofficiös angriff und rechtskräftig zurückgewiesen wurde.[7] Desgleichen ist die Unterdrückung des Testamentes des Erblassers durch seinen Intestaterben sowie eines Kodicilles durch den in ihm Onerirten ein Indignitätsfall.[8]

Hat ferner der Erblasser den Namen des eingesetzten Erben durchstrichen oder dessen Einsetzung formlos unter dem Vorwurfe der Unwürdigkeit zurückgenommen, so gilt der Erbe als unwürdig.

Zwang zur Errichtung einer letztwilligen Verfügung, zwangsweise Abhaltung von Errichtung einer letztwilligen Verfügung begründen nicht minder Unwürdigkeit. Beruhte endlich das bestimmende Motiv der Erbeinsetzung auf Irrthum, wurde insbesondere ein unterschobenes Kind im Irrthum eingesetzt, so ist der Berufene unwürdig.[9]

2. Zuwendungen, die ihren Grund in gesetzwidrigem Verhalten des Erblassers und des Honorirten haben, unterliegen gleichfalls der Entreißung.

---

3) Das S. C. Silanianum bestimmte, daß im Falle der Ermordung des Herrn alle ihm oder seiner Frau gehörenden Sklaven der peinlichen Frage durch die Folter zu unterwerfen und daß sie hinzurichten seien, wenn sie nicht an der That unschuldig befunden würden. Das sollte auch testamentarisch Freigelassene betreffen. Damit nun letztere sich noch nicht auf die Rechte der Freien und Bürger berufen könnten, verbot das S. C. die Eröffnung des Testamentes vor Vollziehung jener Vorschriften. Es wurde ferner für indignus erklärt, wer vor der Durchführung der Untersuchung und der Verhängung der Strafe über die Sklaven die Erbschaft antrat, l. 5 § 2 D. de S. C. Silaniano 29, 5. Ueberhaupt galt jeder als indignus, wer versäumte, im Falle eines unzweifelhaften oder muthmaßlichen Mordes des Erblassers die Aufklärung zu erstreben und den Mörder zur Rechenschaft zu ziehen, l. 22, l. 26 D. de S. C. Silaniano 29, 5, l. 17, l. 21 D. h. t. 34, 9.

4) Ein weiterer Fall der Indignität war Erhebung einer „status controversia" gegen den Erblasser, l. 9 § 1 D. h. t. 34, 9. Dabei ist doch wohl nur an die ungerechtfertigte Anfechtung der Freiheit oder des Bürgerrechtes gedacht. Hiernach ist der Fall nicht mehr praktisch.

5) nov. 115 cap. 3 § 12, cap. 4 § 6. Es verlor ferner sein Erbrecht zu Gunsten der Kirche seiner Heimathgemeinde, wer versäumte, seinen Erblasser, welcher in Gefangenschaft gerathen war, loszukaufen, nov. 115 cap. 3 § 13.

6) l. 5 §§ 1 ff. D. h. t. 34, 9. Die Indignität drohte auch den für die Falschheit des Testamentes aussagenden Zeugen — l. 5 § 10 D. cit. und — nach der Meinung Einiger — selbst dem Richter, welcher das Testament für falsch erklärte, wenn die höhere Instanz anders erkannte, l. 5 § 12 cit.. Dies kann sich nach heutigem Rechte nur auf dolos falsches Zeugniß oder Urtheilen beziehen.

7) l. 8 § 14 D. de inofficioso test. 5, 2. Ueber den Fall von l. 2 pr. D. h. t. 34, 9 siehe Keller a. a. O. S. 396.

8) l. 26 D. de lege Cornelia de falsis 48, 10. Vgl. l. 4 D. eod.

9) Die bezüglichen Fälle sind später näher in das Auge zu fassen.

Dies trifft vor allem „tacita fideicommissa“ behufs Umgehung der testamentarischen Erwerbsbeschränkungen, wenn nämlich der Erblasser jemandem eine Zuwendung macht, welcher sich in einer aus dem letzten Willen nicht ersichtlichen Weise zur Restitution derselben an einen Erwerbsunfähigen verpflichtet hat.[10]

Unrichtig ist die Behauptung, daß entrissen werde, was der Erblasser einer mit ihm in außerehelicher Geschlechtsverbindung stehenden Person letztwillig zuwendet.[11] Dies gilt vielmehr nur von strafbaren Verhältnissen.

Eripient war in Rom regelmäßig der Fiskus. Man nahm an, daß der Unwürdige das Zugedachte nicht behalten dürfe, und daß gleichwohl durch den Unwürdigen andere, die nach ihm erbberechtigt wären, ausgeschlossen seien. So hatte der Fiskus Raum. Doch überwies man in einigen Fällen das Entrissene anderen Personen.

Insbesondere erhält, wer die Intestaterben eines verlassenen Geisteskranken vergeblich zur Pflege aufgefordert hat und diese selbst übernahm, den Nachlaß.[12] Und wer sich der Vormundschaft, zu der er letztwillig berufen ist,[13] oder der ihm letztwillig aufgelegten Erziehung eines Kindes des Erblassers entzieht,[14] verliert das Zugedachte an die Personen, denen es ohne die Anordnung zugekommen wäre.

Die Berufung des Unwürdigen geschieht trotz seiner Indignität nach den gewöhnlichen Regeln. Er kann auch erwerben.

Aber das Erworbene wird ihm entrissen.[15] Kannte der Erbe die Indignität und tritt er gleichwohl die Erbschaft an, so werden ihm Ansprüche, die er gegen den Erblasser hatte und die in Folge seines

10) l. 10 pr., l. 11, l. 23 D. h. t. 34, 9. Ueber das Delationensystem, welches sich an diese Indignität anknüpfte, vgl. Keller a. a. O. S. 411.

11) Von „unerlaubten“ Geschlechtsverhältnissen sprechen Vangerow Bd. 2 § 565 I, Windscheid Bd. 3 § 672 Ziff. 2. Man führt hierfür l. 14 D. h. t. 34, 9 an. Papinianus libro 33 quaestionum: Mulierem, quae stupro cognita in contubernio militis fuit, etsi sacramento miles solutus intra annum mortem obierit, non admitti ad testamentum jure militiae factum et id quod relictum est ad fiscum pertinere proxime tibi respondi. Es handelt sich aber hier um ein stuprum, d. h. eine nach römischem Rechte strafbare Verbindung mit einer anständigen Frauensperson, nicht um ein Konkubinat oder den Umgang mit einer Dirne, l. 35 D. ad legem Juliam de adulteriis 48, 5; l. 13 D. eod. So ist auch l. 41 § 1 D. de test. militis 29, 1 zu erklären, wo von einer Frau die Rede ist, „in qua turpis suspicio cadere potest,“ d. h. einer heimlichen gesetzwidrigen Verbindung. Heutzutage ist außereheliche Geschlechtsverbindung, von Ehebruch und Incest abgesehen, nicht mehr strafbar, begründet also auch keine Indignität mehr im erbrechtlichen Sinne. Eine andere Erklärung siehe bei Keller a. a. O. S. 407.

12) nov. 115 cap. 3 § 12.

13) l. 5 § 2 D. h. t. 34, 9; l. 28 § 1, l. 32, l. 36 D. de excusationibus 27, 1.

14) l. 1 § 3 D. ubi pupillus educari 27, 2.

15) l. 16 § 2 D. h. t. 34, 9 „cum suo onere fiscum succedere“.

Antrittes durch Konfusion untergegangen sind, nicht wiederhergestellt. War er im Irrthume, so erfolgt Restitution.[16]

Die Anrechte des Fiskus werden nicht dadurch geschmälert, daß der Unwürdige das ihm Zugedachte ausschlug. Denn der Fiskus ließ sich die Beute nicht entziehen.[17]

Eine Frage, welche die neueren Romanisten kaum in das Auge fassen, ist, ob die Indignitätslehre in ihrer römischen Gestalt in Deutschland recipirt sei. Und doch ist dies mit der älteren Theorie und Praxis zu leugnen. Es läge hierin eine Konfiskation, die man mit Recht nicht zuließ.[18]

Nach deutscher Rechtsbildung tritt *an die Stelle des Fiskus wer berufen wäre, wenn der Unwürdige nicht existirt hätte.*

§ 61. Die ruhende Erbschaft.[1]

Ruhend ist die Erbschaft — hereditas jacens[2] — *in der Zeit zwischen dem Tode des Erblassers und dem Antritte des Erben.*

Es bestand ein Kampf zwischen einer grobsinnlichen Auffassung, die, aus ältester Zeit stammend, in Rom nie ganz verdrängt wurde, und verfeinerten, durch die Jurisprudenz entwickelten Vorstellungen. Dabei handelte es sich keineswegs bloß um dogmatische Begriffe, sondern um handgreifliche Interessen.

16) l. 8, l. 17 D. h. t. 34, 9.

17) Wie aber, wenn der Unwürdige den Berufungsfall nicht erlebt? l. 26 D. h. t. 34, 9. Apud Scaevolam libro 30 Digestorum Claudius notat: Si vivo testatore decesserit is, cui illicite legatum relictum erat, non fisco hoc vindicatur, sed apud eum, a quo relictum est, remanet.

18) Hommel rhaps. V obs. 641. Paroemia juris Germanici: „Blutige Hand nimmt kein Erbe“ ... Respondit facultas juridica Lipsiensis 1775: titulum Pandektarum, de his quae ut indignis auferuntur, non quidem penitus obsolevisse, attamen nostris moribus quia haec ereptio confiscationem redolet non fisco sed privatis cedere, nempe coheredibus aut cognatis aut si legatarius legato indignus sit heredi, si autem scriptus ex asse heres testamentum fieri destitutum. Vult qui institutus est heres esse, sed non potest. Hommel führt für seine Behauptung eine stattliche Reihe angesehener Praktiker, unter anderen Carpzov und Leiser an: „qui omnes uno ore non ad fiscum sed ad privatos indigni portionem pertinere affirmant“. An Dissentienten fehlte es natürlich nicht. So das O.A.G. Rostock, Seuffert, Archiv Bd. 17 n. 265. Neuerdings aber hat die richtige Ansicht eindringlich vertheidigt Fr. Zimmermann im Archiv für praktische Rechtsw., III. Folge Bd. 1 S. 355.

1) Die grundlegende Arbeit ist von Ihering, Abhandlungen n. 3, dazu Scheurl, Beiträge Bd. 1 n. 1. Die umfängliche Litteratur hat neuestens Köppen, Lehrbuch S. 44 zusammengestellt.

2) In den Quellen findet sich der Ausdruck „hereditas jacet“, l. 13 § 5 D. quod vi aut clam 43, 24.

1. Ist der bisherige Eigenthümer todt, der Erbe aber noch nicht eingetreten, so erscheint naiver Anschauung der Nachlaß ohne Herrn, also als rechtlos.[3] Das war im alten Rom keineswegs bloße Theorie, sondern empfindliche Praxis:

a) Hiernach galt gewinnsüchtige Aneignung von Nachlaßsachen, solange sie der Erbe noch nicht in Besitz genommen hatte, nicht als furtum, war also straflos — ein Satz von größter Tragweite.[4] Im Augenblicke höchster Gefährdung des Vermögens, in welchem sein Träger und Schützer hinweggerafft ist, erhielt die Plünderung durch Verneinung der Strafbarkeit einen Freibrief!

b) Betrachtete man so den Nachlaß als herrenlos, so wäre es vielleicht folgerecht gewesen, jeden Okkupanten unmittelbar als Eigenthümer anzusehen. So weit ist man nicht gegangen. Man statuirte aber die usucapio pro herede. Wer eine Nachlaßsache in Besitz nahm, usukapirte in einem Jahre ursprünglich die Erbenstellung, später die Nachlaßsache. Erst die Besitznahme seitens des Erben schloß die Möglichkeit einer solchen Usukapion aus.[5]

---

3) Von der Herrenlosigkeit geht namentlich Labeo aus. So l. 65 D. de her. inst. 28, 5 — servus hereditarius nullius est —, l. 13 § 5 D. quod vi aut clam 43. 24. Er bemüht sich, die Konsequenzen abzuwehren. Vgl. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 358. Noch Gajus Inst. II § 9, l. 1 pr. D. de r. d. 1, 8 lehrt: quod humani juris est, id plerumque alicujus in bonis est; potest autem et nullius in bonis esse, nam res hereditariae antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt.

4) Gajus Inst. III § 201; l. 69 - 71 D. de furtis 47, 2; l. 6 D. expilatae hereditatis 47, 19. Eine eigenartige Erklärung versucht Scävola l. 1 § 15 D. si is qui testamento liber esse 47, 4. Ulpianus libro 38 ad edictum: Scaevola ait possessionis furtum fieri: denique si nullus sit possessor, furtum negat fieri: idcirco autem hereditati furtum non fieri, quia possessionem hereditas non habet quae facti est et animi. Dieser Versuch ist verunglückt. Ein furtum ist zweifellos an fremden Sachen möglich, die niemand besitzt, z. B. an im Seesturm ausgeworfenen Waaren, falls sich der Auswerfende bloß des Besitzes, nicht auch des Eigenthumes entledigen wollte, l. 43 § 11 D. de furtis 47, 2. Der Satz „furtum hereditati non fieri“ war vom Standpunkte der Zeit Scävolas nicht mehr zu erklären. Er bildete eben ein Residuum der älteren Anschauung, daß der Nachlaß herrenlos sei. Dies war die Ansicht von Paulus libro primo ad Neratium l. 6 D. expilatae hereditatis 47, 19: rei hereditariae furtum non fit, sicut nec ejus, quae sine domino est. Allerdings wendet Ihering a. a. O. S. 165 ein, daß die Aneignung von Nachlaßsachen auch nach dem Antritt des Erben, solange sie nicht in dessen Besitz gekommen waren, nicht als furtum betrachtet wurde, l. 2 § 1 D. exp. her. 47, 19 und schließt hieraus, daß die Besitzlosigkeit, nicht die Herrenlosigkeit der Nachlaßsache der Grund war. Der Satz beweist aber unseres Erachtens nur, daß man in der ältesten Zeit den Erwerb der Nachlaßsachen durch den Erben erst mit der Besitzergreifung als vollendet ansah.

5) Gajus Inst. II §§ 52 ff. Vgl. insbesondere § 54. Quare autem hoc casu etiam soli rerum annua constituta sit usucapio, illa ratio est, quod olim rerum hereditariarum possessione velut ipsae hereditates usucapi credebantur, scilicet anno. lex enim XII tabularum soli quidem res biennio usucapi jussit, ceteras

2. Die Jurisprudenz und kaiserliche Reskripte waren bestrebt, den Nachlaß zu schützen und dem Erben zu erhalten. Das setzte aber voraus, daß man die Idee der Herrenlosigkeit des Nachlasses durch andere Vorstellungen überwand.

Dazu schlug man verschiedene Wege ein.

a) Man stellte den Satz auf, der Erbe gelte, wann immer er die Erbschaft erwerbe, *als vom Tage des Todes des Erblassers an succedirend.*[6] Was inzwischen gegen den Nachlaß geschah, erscheint also nachträglich als eine Usurpation gegen den Erben.

b) Dies schien nicht ausreichend. Auch bei dieser Vorstellung blieb es dabei, daß der Nachlaß zunächst herrenlos war.

Bessere Hülfe war es, wenn sich in der Zwischenzeit ein gegenwärtiges Rechtssubjekt einführen ließ, unter dessen Namen der Nachlaß geschützt ist und verwaltet werden kann.

Nun ist die Person des Erblassers historisch der Mittelpunkt der Erbschaft, die Spur seines Wesens und Wirkens hat sich in seinem Nachlasse erhalten, aus ihm tritt er unserem geistigen Auge noch entgegen. Hiernach schien das Axiom gerechtfertigt: *der Nachlaß trägt die Person des Erblassers in sich und hat so noch in ihm seinen Herrn.* Dasselbe wurde vorzugsweise durch Julian vertreten und erhielt durch dessen Autorität Anerkennung.[7]

---

vero anno. ergo hereditas in ceteris rebus videbatur esse, quia soli non est, quia neque corporalis est: et quamvis postea creditum sit, ipsas hereditates usucapi non posse, tamen in omnibus rebus hereditariis etiam quae solo tenentur annua usucapio remansit. — Die von Gajus im § 55 angeführten „Gründe" für die usucaio pro herede: voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent qui sacra facerent et ut creditores haberent, a quo suum consequerentur, sind offenbar in späterer Zeit zur Beschönigung erdacht und nimmermehr die Wurzeln solchen Institutes. Ueber die usucapio pro herede siehe Keller, Institutionen S. 248, Hölder, Abhandlungen S. 129 und die bei Arndts § 472 Anm. 2 citirten.

6) Einen bestimmten Ausdruck gab diesem Gedanken Cassius l. 28 § 4 D. de stipulationibus servorum 45, 3. Gajus libro 3 de verborum obligationibus: Illud quaesitum est, an heredi futuro servus hereditarius stipulari possit? Proculus negavit quia is eo tempore extraneus est. Cassius respondit posse, quia qui postea heres extiterit, videretur ex mortis tempore defuncto successisse. Hiernach spricht denn Celsus libro 38 Digestorum l. 193 D. de R. J. 50, 17 allgemein aus: Omnia fere jura heredum perinde habentur, ac si continuo sub tempus mortis heredes extitissent; ebenso Florentinus libro octavo institutionum l. 54 D. de acq. vel. omitt. her. 29, 2: Heres quandoque adeundo hereditatem jam tunc a morte successisse defuncto intellegitur. Aehnlich Paulus in der l. 138 pr. D. de R. J. 50, 17.

7) l. 33 § 2 D. de a. r. d. 41, 1. Ulpianus libro 4 Disputationum: Nam et condictio, quotiens servus hereditarius stipulatur vel per traditionem accipit, ex persona defuncti vires assumit, ut Juliano placet: cujus et valuit sententia testantis personam spectandam esse opinantis. Vgl. l. 31 § 1 D. de her. inst.

Der kraß realistischen Vorstellung, daß der Nachlaß herrenlos sei, trat also die spiritualistische — etwas phantastische — gegenüber, daß der Nachlaß die Person des Erblassers repräsentire.

In innerer Verbindung hiermit stehen tiefgreifende Neuerungen.

Ein Senatuskonsult erklärte unter Hadrian die usucapio pro herede dem Erben gegenüber als unwirksam.[8]

Die Plünderung der Erbmasse wurde als crimen expilatae hereditatis mit öffentlicher Strafe belegt, was eine Oratio von Mark Aurel bestätigte.[9]

Auch der Satz, daß die Erbschaft die Person des Erblassers in sich trage, hat schließlich nur den Zweck, dem Erben zu dienen. Soweit er mit berechtigten Interessen des Erben in Widerspruch kommt, hat er daher keine Anwendung.[10]

III. Zur Geschichte des Erbrechtes.

§ 62. Hereditas und bonorum possessio.[1]

Im ausgebildeten römischen Rechte bestehen nebeneinander zwei Erbrechtssysteme: das civile — die hereditas — und das prätorische — die bonorum possessio.

Die bonorum possessio ist in ihrer regelmäßigen Gestalt Universalsuccession wie die hereditas, begründet also den unmittel-

---

28, 5; l. 15 pr. D. de interrogat. 11, 1. Am schärfsten spricht sich aus Ulpianus libro 4 de censibus l. 84 D. de a. r. d. 41, 1: Hereditas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet. ut multis argumentis juris civilis comprobatum est. So auch § 2 J. de heredibus inst. 2, 14.

8) Gajus Inst. II § 57. Im justinianischen Rechte wurden die Singularitäten der usucapio pro herede ganz beseitigt, es gelten nur die allgemeinen Grundsätze der Usukapionslehre.

9) l. 1 pr. D. expilatae hereditatis 47, 19.

10) Hiernach heißt es: „hereditatem in quibusdam vice personae fungi — l. 15 pr. D. de usurp. 41, 3 oder in plerisque: pr. I. de stipulatione servorum 3, 17. In l. 35 D. de stipulat. serv. 45, 2 erklärt Modestinus libro septimo regularum eklektisch: Servus hereditarius et heredi futuro et hereditati recte stipulatur.

1) Die hauptsächlichen Quellen der Lehre sind tit. Inst. de bonorum possessionibus 3, 9, ferner das 37. Buch der Pandekten und zahlreiche Titel des 38. Buches, sowie Codex lib. 6 von tit. 9 an. Die neuere Litteratur stellt zusammen Leist in den unten genannten Schriften. Besonders zu nennen sind Löhr in seinem Magazin Bd. 3 S. 216 ff. und Bd. 4 S. 149 ff., Fabricius, Ursprung und Entwickelung der bon. poss. 1837, Leist, bonorum possessio Bd. 1 1844 und Bd. 2 1848 und Leist in Glücks Pand. Serie der Bücher 37 und 38 Bd. 1—5.

baren Uebergang der Nachlaßaktiven sowie der Nachlaßschulden.[2] Die Regel nemo pro parte testatus, ferner die Akkrescenz treten bei der bonorum possessio wie bei der hereditas ein.

Bezüglich der Berufung und des Erwerbes walteten aber große Verschiedenheiten zwischen den beiden Instituten.

1. Das alte Civilrecht berief ab intestato ausschließlich agnatische Verwandte und Geschlechtsgenossen, es berücksichtigte in keiner Weise Kognaten, ebensowenig den überlebenden Ehegatten des Erblassers als solchen.

Der Prätor ertheilte dagegen die bonorum possessio auch bloßen Kognaten und dem überlebenden Ehegatten. Nicht minder entwickelte sich ein prätorisches Testament in freierer, vom Civilrecht abweichender Weise.

Da konnte es denn geschehen, daß der eine heres, ein anderer bonorum possessor war. Wer ging dann vor? Ein allgemeines Princip bestand darüber nicht.[3]

An und für sich war das Recht des heres das besser fundirte.

Er konnte mit der hereditatis petitio, gestützt auf sein Erbenrecht, dem bonorum possessor den Nachlaß abstreiten und demselben den Besitz wieder entwinden. Aber da das spätere Rechtsbewußtsein überwiegend in der Ordnung der bonorum possessio Ausdruck gefunden hatte, so wurde doch der bonorum possessor in zahlreichen Kollisionsfällen durch exceptio doli generalis gegen den heres geschützt.

Wo die bonorum possessio durch den heres zunichte gemacht werden konnte, war sie sine re, d. h. ohne dauernden Effekt, sonst cum re.[4]

---

2) l. 3 § 1 D. de bonorum possessionibus 37, 1. Ulpianus libro 39 ad edictum: Hereditatis autem bonorumve possessio, ut Labeo scribit, non uti rerum possessio accipienda est: est enim juris magis quam corporis possessio. denique etsi nihil corporale est in hereditate, attamen recte ejus bonorum possessionem adgnitam Labeo ait, l. 1 D. eod. Ulpianus eod. Bonorum possessio admissa commoda et incommoda hereditaria itemque dominium rerum, quae in his bonis sunt, tribuit: nam haec omnia bonis sunt conjuncta, l. 208 D. de V. S. 50, 16.

3) Hugo bon. poss. Hal. 1788 und Löhr, Magazin Bd. 3 S. 304, Bd. 4 S. 441 behaupteten: die Erbfolgeordnung des Edictes habe allgemein den Vorzug vor derjenigen des Civilrechtes gehabt. Wenn aber der Civilerbe die ihm nach dem Edikte angetragene bonorum possessio nicht rechtzeitig agnoscirt und in Folge dessen ein anderer die bonorum possessio erworben habe, sei dieselbe sine re. Aber den Quellen ist dies fremd, wie sich namentlich aus Gajus Inst. II §§ 119–121 ergiebt. Vgl. Vangerow Bd. 2 § 399.

4) Ulpiani fragm. tit. XXVIII § 13: Bonorum possessio aut cum re datur aut sine re: cum re cum is, qui accepit cum effectu bona retineat: sine re cum alius jure civili evincere hereditatem possit. Gajus Inst. III § 36: Nam

2. Während der Erwerb der hereditas ein privater Vorgang ist, wurde die bonorum possessio durch gerichtlichen Akt erworben.

a) Das prätorische Edikt verzeichnete die Fälle, in denen die bonorum possessio ertheilt werden sollte.

Darauf hin war ihre Gewährung im Einzelfalle beim Prätor zu beantragen.[5] Dieser ertheilte sie ohne eingehende Untersuchung „ex edicto", d. h. für den Fall, daß der Antragsteller thatsächlich der nach dem Edikt Berufene war. Machte der Beliehene die bonorum possessio dann gegen Dritte im Prozeßwege geltend, so konnten diese das Nichtvorhandensein der nach dem Edikt erforderten Thatsachen noch einwenden und, hierauf gestützt, die rechtsbeständige Ertheilung der bonorum possessio leugnen.[6]

Diese Art der bonorum possessio nannte man edictalis.

b) In anderen Fällen verlieh der Prätor die bonorum possessio durch ein besonderes Dekret nach eingehender Sachuntersuchung — decretalis b. p.[7][8]

In der christlichen Kaiserzeit wurde die ediktale b. possessio nicht mehr besonders gegeben. Es genügte, daß sie bei irgend einem Gerichte agnoscirt, daß also der Wille ihres Erwerbes gerichtlich verlautbart wurde.[9]

3. Für den Erwerb der hereditas bestanden keine gesetzlichen Fristen; der Erwerb der ediktalen bonorum possessio war dagegen

---

si verbi gratia jure facto testamento heres institutus creverit hereditatem, sed bonorum possessionem secundum tabulas testamenti petere noluerit contentus eo, quod jure civili heres sit, nihilominus ii, qui nullo facto testamento ad intestati bona vocantur, possunt petere bonorum possessionem; sed sine re ad eos pertinet, cum testamento scriptus heres evincere hereditatem possit. Vgl. Leist bei Glück Bd. 1 S. 312 u. 343.

5) Die bonorum possessio galt als prätorisches „beneficium", Ulpianus fragm. tit. XXVIII § 12, es war Theil des officium jus dicentis „bonorum possessionem dare", l. 1 D. de jurisdictione 2, 1.

6) Vgl. Vangerow Bd. 2 § 400 und dort citirte.

7) Ueber die Form der Ertheilung der bonorum possessio decretalis siehe l. 3 § 8 D. de bon. poss. 37, 1. Die Fälle der bonorum possessio decretalis haben materiell nichts gemeinsames; vgl. über sie Leist bei Glück Bd. 2 S. 265. Unter anderem gehören hierher Fälle provisorischen Erbschaftsbesitzes, wo definitiver Erwerb noch nicht möglich ist, oder wenigstens vertagt werden darf, wie bei der b. p. Carboniana, ferner Fälle, welche zwar der Wortlaut des Ediktes über die b. p. nicht deckt, die aber in dem Grundgedanken desselben einbegriffen sind.

8) Eine seit dem Mittelalter häufige Eintheilung der bonorum possessio ist die in ordinaria und in extraordinaria. Sie hat aber keine Grundlage in den Quellen. Allerdings kommen anklingende Ausdrücke vor, jedoch untechnisch nur, um den Gegensatz von gewöhnlichen und selteneren Fällen der b. p. zu bezeichnen. So l. 5 D. de legatis praestandis 37, 5; l. 3 § 15 D. de Carboniano edicto 37, 10. sowie § 8 J. h. t. 3, 9.

9) l. 9 C. qui admitti 6, 9. Leist bei Glück Bd. 2 S. 309.

an eine kurze Frist gebunden. Und zwar betrug sie in der Regel 100 Tage von der Berufung an; den Descendenten und Ascendenten des Erblassers aber lief ein Jahr. Die Berechnung war durchweg die utile.[10]

4. Der civilen Intestaterbfolge war in alter Zeit der merkwürdige Satz zu eigen: „in legitimis hereditatibus successio non est". War also einmal eine Delation an die Intestaterben geschehen und blieb sie ohne Resultat, so wurde nicht weiter deferirt; die Erbschaft wurde vakant.

Dagegen stellte der Prätor für die ediktale bonorum possessio das successorium edictum auf. Wenn also die zunächst berufenen die bonorum possessio ausschlugen oder sie nicht innerhalb der Frist agnoscirten oder sonst wegfielen, so geschah eine neue Delation an die nach der Ordnung des Ediktes folgenden.[11]

5. Der bonorum possessor erhielt sämmtliche Klagen des Erben utiliter.[12 13]

Er hatte außerdem dadurch einen Vorsprung vor dem Civilerben, daß er sich mittels des interdictum „quorum bonorum" schleunig den Besitz der körperlichen Erbschaftssachen erzwang. Aus diesem Grunde war auch dem Civilerben der Erwerb der bonorum possessio[14] wünschenswerth.

---

10) l. 9 J. h. t. 3, 9; l. 1 § 9, § 12 D. de successorio edicto 38, 9.

11) l. 1 § 10 D. de successorio edicto 38, 9. Ulpianus libro 49 ad edictum: Quibus ex edicto bonorum possessio dari potest, si quis eorum aut dari sibi noluerit aut in diebus statutis non admiserit tunc ceteris bonorum possessio perinde competit ac si prior ex eo numero non fuit. Es ist anzunehmen — wie Lenel, edictum S. 289 hervorhebt —, daß dieser Bericht ziemlich wortgetreu dem Wortlaut des prätorischen Ediktes entspricht.

12) Die Klagen zu Gunsten und zu Lasten des bonorum possessor waren ficticiae nach dem Schema: Si Aulus Agerius L. Titio heres esset, tum si eum fundum, de quo agitur, ex jure quiritium ejus esse oporteret Gajus Inst. IV § 34. In dieser Formel sucht man vergebens die Erwähnung der grundlegenden Thatsache, daß Kläger die bonorum possessio ediktmäßig erworben hat. Aber mit Recht führt Lenel, edictum S. 143 aus, daß für die ständige Einfügung kein Bedürfniß bestand, und daß praktische Gründe gegen sie sprachen. Denn häufig wird der Beklagte nicht in Abrede stellen, daß Kläger die bonorum possessio rechtmäßig erhalten hat, vielmehr nur, daß dessen Erblasser Eigenthümer oder Gläubiger war. Dann bedurfte es keines Zusatzes in der Formel, der nur Chikane nahe gelegt hatte. Leugnete aber der Beklagte den Erwerb der bonorum possessio durch den Kläger mit einigem Anschein, so stand ihm die exceptio offen: „si A° A° ex edicto praetoris bonorum possessio data est". Ebenso war es, wenn jemand als bonorum possessor belangt wurde. Leugnete er bonorum possessor zu sein, so mußte er eine bezügliche exceptio in die Klagformel inseriren lassen.

13) Der bonorum possessor erhielt sogar nach Analogie der hereditatis petitio des Civilerben eine „hereditatis petitio possessoria", vgl. hierüber Lenel, edictum S. 141.

14) Gajus Inst. III § 34 ab intestato heredes suos et agnatos ad bonorum

§ 63. Entwickelung der bonorum possessio.

Die bonorum possessio ſtand dem Civilerben offen, wie auch gewiſſen Perſonen ohne civiles Erbrecht.

Dies drängt die Frage auf, wo liegt der Kern des Inſtitutes, handelte es ſich urſprünglich um Hülfe für den Civilerben oder um die Schaffung neuer Erbklaſſen?

Das letztere war die bei weitem wichtigſte Funktion der entwickelten bonorum possessio. Hiernach unterſtellten die Juriſten der Kaiſerzeit, ſie ſei um der Ergänzung und Verbeſſerung des civilen Erbrechtes in das Leben gerufen.[1] Dies iſt die Anſicht vieler neueren geblieben.[2] Sie iſt aber verfehlt. Erfahrungsgemäß bildet ſich das Recht der Praxis zunächſt unter Anlehnung an das Geſetz, es entwickeln ſich dabei neue Gedanken, welche über das Geſetzesrecht hinausführen und es allmählig umgeſtalten, ja verdrängen. Sollte es bei der bonorum possessio anders geweſen ſein? Welche Aufnahme hätte ein Prätor in Rom gefunden, wenn er ohne Vorbereitung ſtatt des Erbrechtes der 12 Tafeln ein neues unter dem neuen Namen proklamirt hätte!

a) Der urſprüngliche Zweck war vielmehr, dem Civilerben zu Hülfe zu kommen, indem man ihn in den Nachlaß einwies und zu dem Behufe mit dem interdictum quorum bonorum ausrüſtete. Sie war alſo zuerſt nur adjuvandi juris civilis gratia.

Hieraus erklärt ſich, daß der bonorum possessio die Ordnung des Civilrechtes zu Grunde liegt, die nur erweitert und modificirt iſt.[3]

Was den Prätor zu ſolcher Hülfe veranlaßte, darüber ſtreitet man.[4]

Anknüpfungspunkt war das uralte Recht des Prätors, bei Einleitung des Erbſchaftsprozeſſes dem einen Theil die Vindicien, d. h. den Beſitz zu ertheilen.

Es iſt aber ein begreifliches Beſtreben des Erben, auch ohne einen

---

possessionem vocat. quibus casibus beneficium ejus in eo solo videtur aliquam utilitatem habere, ut is qui ita bonorum possessionem petit interdicto cujus principium est „quorum bonorum“ uti possit.

1) pr. J. h. t. 8, 9. Jus bonorum possessionis introductum est a praetore emendandi veteris juris gratia.

2) So Savigny, vermiſchte Schriften Bd. 2 S. 231, Windſcheid Bd. 3 § 532 Anm. 4. Noch andere führt Leiſt bei Glück a. a. O. Bd. 1 S. 40 an.

3) Anſchaulich tritt uns der Entwickelungsgang in den Berichten Ciceros, insbeſondere in Verrem II, 1 cap. 44 §§ 114 ff. entgegen, vgl. hierüber Leiſt bei Glück S. 50.

4) Die verſchiedenen Anſichten ſtellt Leiſt bei Glück a. a. O. Bd. 1 S. 44 dar. Hier tiefer auf dieſelben einzugehen und damit meine Darſtellung aus einer gewiſſen Allgemeinheit herauszuheben und näher zu begründen, würde zu weit führen.

Prozeß anstellen zu müssen, möglichst leicht und rasch in den Besitz der Erbschaft zu gelangen. In Rom, wo die Plünderung der Erbschaft straffrei war, mußte das Bedürfniß auf das dringendste hervortreten. Man entsprach ihm, indem man die bonorum possessio demjenigen ertheilte, welcher prima facie als Erbe erschien.[5]

b) Später kam man dazu, die bonorum possessio, falls ein Civilerbe nicht existirte oder sich wenigstens nicht meldete, Personen zuzuweisen, welche nicht Erben waren.

Ohne die Dazwischenkunft des Prätors wäre die Erbschaft dem ersten Okkupanten und Usucapienten zugefallen. Gerechter und billiger erschien es, sie denen zu verschaffen, welche in nahem Familienzusammenhang mit dem Erblasser standen, insbesondere Kognaten, die das Civilrecht nicht berücksichtigte, und dem überlebenden Ehegatten.

So entstanden Klassen der bonorum possessio supplendi juris civilis gratia.

c) Ein letzter Schritt war es, daß man die bonorum possessio in gewissen Fällen Nichterben gab und diese gegen den Erben schützte — corrigendi juris civilis gratia.

Dies bildete den Höhepunkt des Instituts, von dem es allmählig wieder hinabstieg.

Im jüngsten römischen Rechte wurde die hereditas selbst erweitert und der Billigkeit gemäß umgebildet. Es bedurfte daher der Ergänzung durch die bonorum possessio kaum noch und sie wurde fast ganz absorbirt.

Gemeinrechtlich vollends ging sie im Erbrecht auf. Daneben blieben provisorische Einweisungen präsumtiver oder eventueller Erben übrig. Hiermit ist das Institut im wesentlichen zu seinem Ausgangspunkte zurückgekehrt.

§ 64. Legate und Fideikommisse.[1]

Bis Justinian bestanden auch für Vermächtnisse zwei Institute, ein altciviles — das Legat — und ein neueres — das Fideikommiß.

---

5) Das Edikt über die bonorum possessio secundum tabulas hat bei Cicero in Verrem II, 1 cap. 45 § 117 folgenden Wortlaut: Si de hereditate ambigitur et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis quam e lege oportet ad me proferentur secundum tabulas testamenti potissimum possessionem dabo. Aller Wahrscheinlichkeit nach begann hiermit das älteste Edikt über die bonorum possessio. Das „ambigitur" weist die ursprüngliche Verbindung mit dem Erbschaftsprozesse nach. Dagegen sind im Edikte Hadrians die Worte „si de hereditate ambigitur", soweit ersichtlich, verschwunden, Lenel, edictum S. 277.

1) Gajus Inst. II §§ 192 ff. Ulpiani fragm. tit. XXIV und XXV.

1. Die Legate waren an Formen gebunden und strikten Rechtes. Nur in gültigen Testamenten waren sie möglich, nur den Testamentserben konnten sie aufgelegt werden; sie mußten der Erbeseinsetzung als dem Hauptstück des Testamentes nachfolgen, sonst waren sie nichtig.[2]

Es gab 4 Typen. Zwei sind Hauptarten, zwei Nebenarten.

a) Das legatum per vindicationem übertrug unmittelbar Eigenthum. Seine specifischen Worte waren „do lego"; doch auch „sumito". „capito", „sibi habeto" erkannte man an.[3]

Die vermachten Objekte mußten zur Zeit des Todes im quiritischen Eigenthume des Erblassers stehen, nicht minder — von Fungibilien abgesehen — bereits im Augenblicke der Testamentserrichtung, sonst waren sie ungültig vermacht.

Der Legatar erwarb nach der Lehre der Sabinianer das Eigenthum mit dem Antritte des Erbes ohne sein Wissen und Wollen, doch konnte er repudiiren; die Prokulianer forderten dagegen eine Annahmeerklärung seitens des Legatars zum Erwerbe.[4]

b) Die andere Hauptform war das Damnationslegat mit der Formel: „damnas esto dare".[5] Dies Legat gab nicht unmittelbar Eigenthum, begründete vielmehr eine Obligation des Erben zur Uebereignung. In solcher Weise konnte der Erblasser auch Sachen seines Erben oder Dritter vermachen, die der Erbe zu erwerben und zu geben oder deren Preis er zu bezahlen hatte.

c) Eine Nebenform des Damnationslegates war das l. sinendi modo relictum, welches den Erben zum Dulden der Wegnahme verpflichtete. Es genügte hierzu, daß die legirte Sache dem Erblasser zur Zeit seines Todes oder daß sie wenigstens dem Erben gehörte.[6]

d) Das Vindikationslegat hatte eine Nebenform in dem Präceptions-

---

2) Gajus Inst. II § 229. Ulp. fragm. XXIV § 15.

3) Gajus Inst. II § 193. Die meisten halten mit Recht das Vindikationslegat für das älteste Legat, also dessen Urform. Es ist das einfachste, wiederum aber auch das strikteste, was beides auf ein höheres Alter hinweist. Doch ist Hölder, zur Geschichte des römischen Erbrechtes 1881 S. 72 anderer Ansicht.

4) Gajus II § 195.

5) Gajus Inst. II § 201. Ulp. fragm. XXIV § 204.

6) Gajus Inst. II § 209. Wie kam man auf das sonderbare legatum sinendi modo relictum? In dieser Form allein ließen sich Objekte vermachen, die des quiritarischen Eigenthums unfähig waren, z. B. die possessiones am ager publicus, die praedia provincialia. Vgl. Ulpianus fragm. XXIV § 9: res populi.. nec per damnationem legari potest quia dari non potest. So wird auch der bonitarische Eigenthümer, welcher seinen Erben nicht zur Gewährung des quiritarischen Eigenthums verpflichten wollte, vermacht haben.

legat mit der Formel „praecipito“, vorzugsweise zu Gunsten eines Miterben.

Die Sabinianer wollten es ausschließlich für Miterben gelten lassen, die Prokulianer behandelten es als Vindikationslegat, auch wenn es Fremden zugewendet war.[7]

Das S. C. Neronianum milderte die schroffe Scheidung der Legatsarten.[8]

2. *Fideikommisse*, d. h. Vermächtnisse, die *ohne Beobachtung der civilrechtlichen Regeln* nicht befehlend, sondern *ersuchend* angeordnet wurden, waren seit Alters in Rom häufig. Denn wegen eines einzelnen Vermächtnisses ein Testament zu errichten, welches stets die Gesammterbschaft betreffen mußte, war oft lästig, oft nicht ausführbar. Nicht selten ordnete man auch Fideikommisse zu Gunsten von Personen an, die man nach Civilrecht nicht bedenken konnte. Eine Schrifturkunde — codicilli — war die Regel, die sich im Interesse der Anordnung von selbst empfahl, nothwendig war sie nicht.

Die Fideikommisse standen außerhalb des Rechtes, Pietät und Dankbarkeit des Beauftragten — des Fiduciars — sowie Scheu vor der öffentlichen Meinung bewirkten gleichwohl regelmäßig Erfüllung. Seit Augustus aber wurden sie extra ordinem klagbar.[9]

Seitdem wurden sie allmählig einschränkenden Rechtsregeln unterworfen.[10] Ja in der christlichen Kaiserzeit verloren sie die ursprüngliche Formlosigkeit der Errichtung und es wurde Zuziehung von 5 Zeugen regelmäßige Form — die Kodicillarform.

Justinian endlich verschmolz Legate und Fideikommisse. Jedes Vermächtniß sollte die Vorzüge des Legates und des Fideikommisses vereinigen.[11]

---

7) Gajus Inst. II § 216. Nach der Ansicht der Sabinianer konnte das Präceptionslegat auch nicht mittels selbständiger Klage, sondern nur bei Gelegenheit der actio familiae erciscundae vom Prälegatar geltend gemacht werden.

8) Ulp. fragm. XXIV § 11. Si ea res, quae non fuit utroque tempore testatoris ex jure Quiritium; per vindicationem legata sit licet jure civili non valeat legatum, tamen senatusconsulto Neroniano firmatur. quo cautum est, ut quod minus aptis verbis legatum est perinde sit ac si optimo jure legatum esset: optimum autem jus legati per damnationem est. Gajus Inst. II §§ 197, 218.

9) § 1 I. de fideicommissariis hereditatibus 3, 23, pr. I. de codicillis 3, 25.

10) Vgl. über fideicommissa Gajus Inst. II §§ 246 ff., speciell über die Unterschiede der Legate und der Fideikommisse: Gajus Inst. II §§ 268 ff., siehe ferner Ulp. fragm. XXV.

11) l. 2 C. communia de legatis 6, 43.

§ 65. Fideikommissarische Erbschaften.[1]

Die Auflage der Restitution einer Erbschaft oder einer Quote derselben wird von den Neueren meist Universalfideikommiß genannt.[2]

Seit der Kaiserzeit nahm dies Institut einen hohen Aufschwung, so daß es durch die Gesetzgebung besondere Pflege erhielt.

Was veranlaßte diese Entwickelung eines neuen mächtigen Astes an dem alten Baum des römischen Erbrechtes?

Das alte Recht hatte die Regel semel heres, semper heres gebildet. Dieselbe sicherte einfache und durchsichtige Verhältnisse, schnitt Verwickelungen ab, die unvermeidlich sind, wenn sich mehrere Erben zeitlich folgen, und beseitigte Schwierigkeiten für die Erbschaftsgläubiger, die bei einem Wechsel der Erben, welche die Nachlaßschulden zu entrichten haben, leicht entstehen.

Auf die Dauer kam man aber mit jener einfachen durchgreifenden Regel nicht aus. Erhielt sie sich gleich grundsätzlich, so wurde sie doch praktisch durch das Universalfideikommiß umgangen. Denn oft ist die Lage der Familie so, daß der Erblasser wünschen muß, dem Erben — als Fiduciar — seinen Nachlaß nur auf Zeit oder bis zu gewissen Ereignissen, dann aber Anderen — als Fideikommissaren — zu hinterlassen, ihn beispielsweise dem überlebenden Ehegatten auf Lebenszeit zuzuwenden, nach dessen Tode aber seinen nächsten Verwandten. Zuweilen empfiehlt es sich ferner, die Mittelsperson eines fiduciarischen Erben im Interesse des Fideikommissars zu wählen,[3] z. B. weil dieser den Nachlaß zur Zeit als Erbe wegen Abwesenheit oder Geisteskrankheit nicht erwerben könnte.

So kommt es, daß man den einen zum Erben einsetzt und ihm auflegt, dem anderen die Erbschaft herauszugeben.

Dies Universalfideikommiß war ursprünglich bloßes Vermächtniß. Dabei stieß man aber auf große praktische Schwierigkeiten.

Denn der Erbe war verpflichtet, dem Universalfideikommissar die

---

1) Gajus Inst. II § 207: Tit. Inst. de fideicommissariis hereditatibus 2, 23, Dig. ad S. C. Trebellianum 36, 1, Cod. 6, 49.

2) Manche, z. B. Windscheid Bd. 3 § 662, sprechen von „Erbschaftsvermächtniß." Kommt man aber dann zu „Erbschaftsvermächtnißnehmer" und folgerecht zu „Erbschaftsvermächtnißträger" — statt Fiduciar — so wird die Bezeichnung bedenklich.

3) l. 48 D. h. t. 36, 1 .. prorogando tempus solutionis tutelam magis heredi fiduciario permisisse videatur. l. 3 § 3 D. de usuris 22, 1.

Aktiven der Erbschaft zu übereignen und zu cediren, blieb aber gleichwohl den Erbschaftsgläubigern ausschließlich haftbar.[4] Wohl konnte er von dem Universalfideikommissar Deckung für die Erbschaftsschulden, eventuell Ersatz seiner Auslagen für dieselben fordern. Aber er trug die Gefahr, wenn dieser seine Schuldigkeit ihm gegenüber nicht erfüllte. Dann mußte er den Erbschaftsgläubigern aus eigenem Vermögen zahlen, und von dem Universalfideikommissar, welcher die Erbschaftsaktiven an sich genommen hatte, erlangte er keinen Ersatz.

Dies veranlaßte das S. C. Trebellianum. Danach gehen die Erbschaftsklagen, aktive und passive, auf den Universalfideikommissar über, sowie ihm der Nachlaß restituirt ist, der Fiduciar kann fortan die Erbschaftsklagen nicht mehr geltend machen und wegen der Nachlaßschulden nicht mehr belangt werden.[5]

Auch nach dem S. C. Trebellianum ist das Universalfideikommiß zunächst Vermächtniß, wird als solches erworben und begründet nur einen obligatorischen Anspruch gegen den Erben auf Restitution. Doch läuft es in eine mittelbare Erbfolge aus. Denn nach der Restitution vertritt der Universalfideikommissar den Erblasser und steht an Stelle des Erben.

Dem Trebellianum folgte bald das S. C. Pegasianum.[6] Dasselbe dachte energisch auf den Antritt des Erben hinzuwirken, durch welchen die Geltung des Universalfideikommisses als eines Vermächtnisses rechtlich bedingt war. Seine Bestimmungen waren jedoch zum Theil wenig geschickt.

---

4) Gajus Inst. II § 252. Olim autem nec heredis loco erat nec legatarii sed potius emptoris: tunc enim in usu erat ei cui restituebatur hereditas nummo uno eam hereditatem dicis causa venire; et quae stipulationes inter venditorem hereditatis et emptorem interponi solent, eadem interponebantur inter heredem et eum cui restituebatur hereditas, id est hoc modo: heres quidem stipulabatur ab eo cui restituebatur hereditas ut quidquid hereditario nomine condemnatus fuisset sive quid alias bona fide dedisset eo nomine indemnis esset et omnino si quis cum eo hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur ille vero qui recipiebat hereditatem invicem stipulabatur ut si quid ex hereditate ad heredem pervenisset, id sibi restitueretur ut etiam patereturn eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi.

5) l. 1 § 2 D. h. t. 36, 1: Verba haec sunt: Cum esset aequissimum in omnibus fideicommissariis hereditatibus, si qua de his bonis judicia penderent, ex his eos subire, in quos jus fructusque transferretur, potius quam cuique periculosum esse fidem suam: placet, ut actiones quae in heredem heredibusque dari solent, eas neque in eos neque his dari, qui fidei suae commissum sic, uti rogati essent, restituissent, sed his et in eos quibus ex testamento fideicommissum restitutum fuisset, quo magis in reliquum confirmentur supremae defunctorum voluntates.

6) Gajus Inst. II §§ 254 ff.

Nach ihm hatte der Erbe das Recht zum Abzuge der falcidischen Quart auch dem Universalfideikommissar gegenüber. In diesem Falle wurde jedoch nicht ex Trebelliano restituirt, sondern in Gemäßheit des früheren Rechtes, so daß der Fiduciar dauernd ausschließlich den Erbschaftsgläubigern trotz der Restitution von drei Viertheilen der Erbschaftsaktiven haftbar blieb. Dies läßt sich nur daraus erklären, daß sich die Vorschriften des Trebellianum noch nicht eingelebt hatten und von dem Verfasser des S. C. Pegasianum mit Mißtrauen betrachtet wurden.

Ferner verordnete das Pegasianum für den Fall, daß sich der fiduciarische Erbe des Erbschaftsantrittes weigerte, prätorischen Zwang zum Antritt auf Antrag des Universalfideikommissars, so daß dann aber auf diesen alle Vortheile und Lasten der Erbschaft sofort übergingen.

Justinian bestimmte wieder, daß das Universalfideikommiß in allen Fällen ex Trebelliano zu restituiren sei.[7] Wenn also der Fiduciarerbe die Quart — die jetzt s. g. Trebelliana — abzieht, so behält er nur zu $^1/_4$ die Stelle eines Erben und zu $^3/_4$ geht sie auf den Universalfideikommissar über.

Zweiter Abschnitt.

Die einseitigen letztwilligen Verfügungen.

Erstes Kapitel.

Begriff und allgemeine Grundsätze.

§ 66. Das Testament und das Kodicill.

Die altrömische Zeit kannte nur eine rechtsverbindliche letztwillige Anordnung des Erblassers: das Testament. Seit Augustus traten an die Seite der Testamente die Kodicille.

1. Testamente sind einseitige letztwillige Verfügungen, durch welche sich der Erblasser einen Erben ernennt.[1] [2] In einem ab-

7) § 7 I. h. t. 2, 23.

1) Das Wesen des Testamentes bezeichnet § 34 J. de legatis 2. 20 „Testamenta vim ex institutione heredum accipiunt", vgl. l. 10 D. de jur. cod. 29, 7. Die solenne Definition des Testamentes aber war in Rom eine andere. Noch von

geleiteten Sinne verſteht man unter Teſtament auch die Schrift-urkunde über dies Geſchäft — die tabulae testamenti.[3]

Das Teſtament kann außer der Erbeseinſetzung Anordnungen anderer Art enthalten, insbeſondere Vermächtniſſe, ferner Vormundſchaftsernennungen, in Rom Freilaſſungen.

Begrifflich weſentlich iſt aber dem Teſtamente nur die Erbeseinſetzung. Sie iſt ſeine Grundlage; wird ſie nicht verwirklicht, ſo fällt das ganze Teſtament.

2. Kodicille ſind einſeitige letztwillige Verfügungen, welche die Einſetzung eines Erben nicht enthalten.[4]

Auch die Schrifturkunde über derartige Geſchäfte nennt man Kodicill. Dies war ſogar ſprachlich die eigentliche und urſprüngliche Bedeutung des Wortes. Seit man unter Kodicillen auch das bezügliche Geſchäft verſteht, ſpricht man aber ungeſcheut auch von mündlichen Kodicillen.[5]

Die Kodicille ſetzen eine unabhängig von ihnen eintretende Erbfolge voraus.

Sie ſind teſtamentariſche, wenn ſie ſich an ein Teſtament anlehnen, und Inteſtatkodicille, wenn ſie ſich an Inteſtaterben wenden.

---

den ſpätklaſſiſchen Juriſten wird es als „die" letztwillige Verfügung definirt, gleich als gäbe es außer ihm keine, worin man meiſt — Windſcheid Bd. 3 § 538 Anm. 3 — nur eine Ungenauigkeit ſieht, was ſich aber daraus erklärt, daß es in der alten Zeit die einzige und noch in der Kaiſerzeit die alleinige echt civile letztwillige Verfügung war. In dieſem Sinne ſagt noch Modestinus libro 2 Pandectarum l. 1 D. qui test. facere possunt 28, 1: Testamentum est voluntatis nostrae justa sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit. Darauf ſpielt auch die ſchülerhafte Etymologie an: pr. J. de testamentis 2, 10: Testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis est!

2) Köppen, Vertrag unter Abweſenden S. 84 meint, das Teſtament ſei nur das Element eines Rechtsgeſchäftes und vollende ſich erſt mit dem Tode des Teſtators. Dies iſt unrichtig. Das Teſtamentsgeſchäft iſt unmittelbar mit der Solennisirung vollendet. Es hat auch bereits in dieſem Momente eine wichtige Rechtswirkung, denn es rumpirt ein etwa früher verfertigtes Teſtament mit dem Augenblicke ſeiner Errichtung, ſelbſt für den Fall, daß es vor dem Tode des Teſtators hinfällig wird. Vgl. gegen Köppen: Kohler in Grünhuts Zeitſchrift Bd. 7 S. 736.

3) Daſſelbe Teſtament kann in mehreren Urkunden, die alle gleichermaßen Originale ſind, ſolennisirt werden, l. 24 D. qui test. facere 28, 1, l. 3 § 1 D. de tab. exhib. 43, 5, l. 4 D. de his, quae in testamento del. 28, 4. Enthalten dieſe verſchiedenen, gleichzeitig ſolennisirten Originale verſchiedene Beſtimmungen, ſo ſind ſie zu kombiniren, l. 1 § 6 und § 7 D. de bon. poss. secundum tabulas 37, 11. In der altrömiſchen Zeit hätte man ſich auf ſolche Komplikationen nicht eingelaſſen.

4) l. 10, l. 20 D. de jur. cod. 29, 7, § 2 J. eod. 2, 25. Es gilt der Satz: „codicillis hereditas neque dari neque adimi potest." Ein ausführliches Werk über Kodicille gibt Fein bei Glück Bd. 44 und 45.

5) Schon Juſtinian l. 8 pr. C. de bon. libert. 6, 4 ſpricht von „codicillis sine scriptis habitis". Neuere bezeichnen mündliche Kodicille als „nuncupativi".

Die teſtamentariſchen Kodicille wiederum ſind theils *konfirmirte*, d. h. ſolche, die der Erblaſſer in ſeinem Teſtamente nachträglich oder im voraus beſtätigt hat, theils *nichtkonfirmirte*.[6] Konfirmirte Kodizille konnten in Rom auch civilrechtliche Anordnungen, insbeſondere Legate aufnehmen, nichtkonfirmirte dagegen nur fideikommiſſariſche Verfügungen.[7] Derzeit hat dies keine praktiſche Bedeutung mehr.[8]

Mit der Zulaſſung teſtamentariſcher Kodicille war der altrömiſche Gedanke aufgegeben, daß der Erblaſſer, welcher ein Teſtament hinterließ, einzig aus dieſem beerbt werde.[9] Man ſuchte ihn jedoch dadurch feſtzuhalten, daß man die teſtamentariſchen Kodicille als *Theile des Teſtamentes* behandelte.[10]

Hieraus ſchloß man, daß die teſtamentariſchen Kodicille ohne Wirkung ſeien, wenn das Teſtament nicht zu Kräften kommt.[11] Ja man ſtellte die ſ. g. *kodicillariſche Fiktion* auf, wonach die in dem Kodicille getroffenen Anordnungen ſo beurtheilt werden, *wie wenn ſie in dem Teſtamente ſelbſt enthalten wären*.[12] Hiervon machte man auch einzelne Anwendungen. Indeſſen ließ ſich dieſe höchſt unnatürliche Auffaſſung nicht aufrecht erhalten. Die teſtamentariſchen Kodicille ſind vielmehr in der Regel als beſondere Zuſatzgeſchäfte *nach der Zeit ihrer Errichtung* zu beurtheilen.[13]

---

6) l. 8 pr. § 1 D. eod. 29, 7.

7) Gajus Inst. II § 270a.

8) Dies in Folge der Verſchmelzung von Legaten und Fideikommiſſen im juſtinianiſchen und der Umgeſtaltungen des Vormundſchaftsrechtes im gemeinen Rechte. Vgl. oben Bd. 3 § 64 Anm. 11, § 44.

9) Oben Bd. 3 § 57.

10) l. 11 D. testamenta quemadmodum 29, 3: Codicilli pars intelleguntur testamenti.

11) l. 3 § 2 D. de jure codicillorum 29, 7.

12) l. 2 § 2 D. de jure codicillorum 29, 7. Julianus libro 37 Digestorum: Codicillorum jus singulare est, ut quaecumque in his scribentur, perinde haberentur ac si in testamento scripta essent. Fein bei Glück Bd. 44 S. 233.

13) Eine richtige Würdigung der kodicillariſchen Fiktion findet ſich bei Kohler in Grünhuts Zeitſchrift Bd. 7 S. 733. Vgl. auch Windſcheid Bd. 3 § 630 bei Anm. 8. Die ſ. g. kodicillariſche Fiktion wird in den bei weitem meiſten Fällen, wo ſie in Frage kommen könnte, von den römiſchen Juriſten nicht angewendet, vgl. unter anderem l. 4, l. 8 § 4, l. 14 pr. D. h. t. 29, 7. Ja in der l. 2 § 1 D. h. t. 29, 7 hat ſie Julian ſelbſt nicht beachtet; ſiehe ferner l. 17 § 4 D. de testamento militis 29, 1. Fein betrachtet als *allgemeines Princip*, auf welches ſich die „Ausnahmsfälle“ von der kodicillariſchen Fiktion zurückführen ließen, ihre Unanwendbarkeit dort, wo eine Veränderung bloß in den *faktiſchen Zuſtänden* nach Errichtung des Teſtamentes eingetreten ſei. Aber mit Unrecht führt er für dieſen verfehlten Verſuch Marcian l. 7 § 1 D. de jure cod. 29, 7 als Gewährsmann an. Denn dieſer bemerkt nur, daß die Fiktion *auch* — praeterea — nicht eintrete „in illis. quae non juris sed facti sunt“, „velutis si ita in codicillis scriptum erit „vestem quae mea est““ codicillorum tempus spectandum non quo confirmantur“. Marcian

Teſtament und Kodizill ſind einſeitige Rechtsgeſchäfte, bloß Manifeſtationen des Willens des Erblaſſers. Urkundsperſonen — Zeugen oder Richter — ſind zwar bei der Errichtung regelrecht zuzuziehen, aber auf den Inhalt der Verfügung haben ſie nicht einzuwirken. Die Gegenwart des Erben ferner oder anderer Honorirter, ihre etwaige Erklärung über Annahme oder Ablehnung der Honorirung zur Zeit der Errichtung iſt für die Gültigkeit des Teſtamentes und des Kodicilles einflußlos. Erſt nach dem Tode des Erblaſſers kommt die Erklärung der Honorirten in Betracht.

Der Erblaſſer iſt, ſolange er lebt, zum Widerrufe ſeines Teſtamentes und ſeiner Kodicille befugt. Dieſes Recht verliert er nicht durch die Erklärung, ſich deſſelben begeben zu wollen, die ſ. g. derogatoriſche Klauſel.[14] Ebenſowenig kann er beſondere Bedingungen und beſondere Formen für etwaige Nachträge oder einen Widerruf rechtsverbindlich feſtſetzen.[15]

§ 67. Teſtirrecht und Teſtirfähigkeit.[1]

Der Erblaſſer muß das Recht und die Fähigkeit zu teſtiren — testamenti factio — haben,[2] damit ſein Teſtament, nicht minder ſein Kodicill[3] gültig ſei.

ſtellt damit nicht in Abrede und konnte nicht in Abrede ſtellen, daß dieſelbe Behandlung nicht minder überwiegend eintritt „in illis, quae juris sunt“. Gerade in dem pr. hat er einen bezüglichen Fall in dieſem Sinne entſchieden.

14) l. 4 D. de adim. leg. 34, 4. Ulpianus libro 33 ad Sabinum: Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum. l. 22 pr. D. de leg. III. Hermogenianus libro 4 juris epitomarum. . nemo eam sibi potest legem dicere, ut a priore recedere non liceat. Mühlenbruch Bd. 38 S. 17. Vertragsmäßiger Verzicht auf den Widerruf eines Teſtamentes oder Kodicilles kann jedoch einen Erbvertrag in ſich ſchließen und iſt dann nach heutigem Rechte gültig.

15) l. 6 § 2 D. de jure codicillorum 29, 7. Marcianus libro 7 Institutionum: Licet in confirmatione codicillorum pater familias adjecerit, ut non alias valere velit quam sua manu signatos et subscriptos, tamen valent facti ab eo codicilli licet neque ab eo signati neque manu ejus scripti fuerint: nam ea, quae postea geruntur prioribus derogant. l. 88 pr. D. de leg. II. Immerhin kann der Mangel derartiger beabſichtigter Formen zu der Annahme führen, daß der Erblaſſer noch nicht mit ſeinen Entſchlüſſen fertig und ins reine gekommen iſt und daß das Schriftſtück, dem dieſelben fehlen, in ſeinem Sinne einſtweilen nur ein Entwurf war. Dann iſt es ohne Verbindungskraft, vgl. Seuffert, Archiv Bd. 6 n. 52, Bd. 22 n. 55.

1) Tit. Dig. qui testamenta facere possunt 28, 1. Cod. 6, 22.

2) Die Römer bezeichnen das Recht und die Fähigkeit zu teſtiren als testamentifactio l. 4 D. h. t. 28, 1. In einem weiteren Sinne verſtehen ſie darunter die Fähigkeit, bei einem Teſtamente als Teſtator, Zeuge, Erbe oder ſonſtiger Honorirter betheiligt zu ſein, l. 16 D. h. t. 28, 1; § 6 J. de testamentis ordinandis 2, 10.

3) l. 2. l. 114 pr. D. de leg. I, l. 1 § 2—4 D. de leg. III.

1. Teſtirrecht hatten in Rom nur die römiſchen Bürger.[4] Davon iſt keine Anwendung mehr zu machen.

Auch war dies Recht durch zahlreiche Geſetze zur Strafe entzogen.[5] Auch dies iſt antiquirt.[6]

Endlich hatte in Rom das Teſtirrecht nur der Gewaltfreie, nur er konnte ſein Haus beſtellen. Dies iſt in das gemeine Recht übergegangen, obgleich es nach heutiger Rechtsauffaſſung keinen rechten Grund mehr hat. Daher können Hauskinder nicht über ihre Adventicien teſtiren, nicht einmal über die irregulären. Die Zuſtimmung des Vaters kann ihnen das fehlende Recht nicht geben. Bezüglich ſeiner kaſtrenſiſchen und quaſikaſtrenſiſchen Pekulien iſt aber der Hausſohn teſtirfähig, denn hinſichtlich ihrer iſt er wie ein Hausvater berechtigt.[7]

Wer an ſeinem Teſtirrechte zweifelte, konnte in Rom nicht teſtiren, auch wenn er es hatte, daher z. B. auch nicht, wer im Ungewiſſen über den Tod ſeines Vaters und über die hierdurch erfolgte Endigung der Gewalt deſſelben war, trotzdem daß dieſelbe nicht mehr beſtand.[8] Die gemeinrechtliche Anwendung dieſes Satzes iſt nicht nachweisbar.[9]

Der Erblaſſer muß Teſtirrecht im Augenblicke der Errichtung des Teſtamentes und des Todes haben. Das Teſtament, welches ein Gewaltfreier errichtete, verliert daher ſeine Geltung, wenn er nachher in eine väterliche Gewalt tritt.[10]

2. Die Fähigkeit, ein Teſtament zu errichten, fehlt wegen Mangels des gehörigen Willens:

a) den Unmündigen, alſo den Perſonen des männlichen Geſchlechtes bis zur Vollendung des 14., und denen des weiblichen bis zum vollendeten 12. Jahre.[11] Mündige — gewaltfreie — Minder-

4) l. 8 D. h. t. 28, 1.

5) Zur Strafe unfähig waren namentlich: a) verurtheilte Pasquillanten l. 18 § 1 D. h. t. 28, 1; b) wer einen Inceſt begangen hatte bezüglich Nichtverwandter l. 6 C. de incestis 5, 5, vgl. jedoch nov. 12; c) gewiſſe Ketzer; d) endlich, nach kanoniſchem Rechte, wer Zinſen — nicht etwa bloß wucheriſche — nahm und nicht für deren Zurückgabe ſorgte cap. 2 in 6to de usuris 5, 5. Vgl. Wächter im im Archiv für civ. Praxis Bd. 17 n. 14 „Ueber die Teſtirunfähigkeit wegen begangener Verbrechen".

6) So auch Windſcheid Bd. 3 § 539 Ziff. 5. Die Strafen wegen Injurien und wegen Inceſtes ſind andere geworden. Die Ketzerei iſt derzeit ohne Einfluß auf die bürgerliche Rechtsſphäre, das Nehmen von Zinſen geſtattet.

7) pr. J. h. t. 2, 13, l. 6 pr. D. h. t. 28, 1, l. 12 C. h. t. 6, 22.

8) l. 14, l. 15 D. h. t. 28, 1, l. 1 pr. D. de leg. III.

9) Die neueren Pandektiſten betrachten den Satz als gemeinrechtlich.

10) Vgl. unten § 98.

11) l. 5 D. h. t. 28, 1.

jährige können testiren, ohne der Einwilligung ihrer Vormünder zu bedürfen.

b) Die Willensfähigkeit fehlt ferner den *Geisteskranken*,[12] dies ohne Unterschied, ob sie entmündigt sind oder nicht.

Der Richter, welcher eine letztwillige Verfügung aufnimmt, hat sich daher über den Geisteszustand des Testators zu vergewissern. Erkennt er dessen Verfügungsfähigkeit an, so schließt dies den Gegenbeweis nicht aus, daß sie in der That fehlte.

Partielle Geisteskrankheit nimmt die Testirfähigkeit nicht absolut. Letztwillige Bestimmungen also, welche unzweifelhaft nicht mit der Krankheit in Verbindung stehen, sind zu respektiren. In lichten Augenblicken kann auch der sonst Geisteskranke testiren, selbst wenn er entmündigt wäre.[13]

c) Die entmündigten *Verschwender* sind nicht fähig zu testiren. Sie sind insofern den Geisteskranken gleichgestellt. Ihre vor der Entmündigung errichteten Testamente bleiben in Kraft.[14]

d) Wegen Mangels der Fähigkeit, sich in der gesetzlichen Form zu erklären, ist testirunfähig, wer sich in Folge Krankheit oder Gebrechen *weder schriftlich noch mündlich aussprechen kann*.[15]

Bloße Zeichensprache genügt nicht.

Justinian erklärte die *Taubstummgeborenen* für unfähig.[16] Er setzte dabei voraus, daß sie weder artikulirt sprechen noch schreiben können. Der heutige Taubstummenunterricht giebt ihnen diese Kenntnisse, damit erlangen sie selbstverständlich die Testirfähigkeit. Manche leugnen dies jedoch um des Buchstabens der Verordnung Justinians willen.[17]

Die *Fähigkeit* zur Errichtung des Testamentes muß zur Zeit seiner Vornahme vorhanden sein. Späterer Verlust der Fähigkeit durch den Erblasser schadet dem Testamente nicht, späterer Erwerb derselben macht das ungültig errichtete Testament nicht gültig. Dies

12) l. 16 § 11 D. h. t. 28, 1. Es gilt dies auch von Kranken, die vorübergehend in Folge ihrer Krankheit ihrer Geisteskraft beraubt sind, l. 17 D. h. t. 28, 1; nicht minder von Personen in somnambulem oder hypnotischem Zustande.

13) l. 9 C. h. t. 6, 22.

14) l. 18 pr. D. h. t. 28, 1.

15) l. 29 C. de testamentis 6, 23.

16) l. 10 C. h. t. 6, 22. Das ältere römische Recht hatte Tauben und Stummen schlechthin die Testirfähigkeit versagt, weil sie die Formen nicht gehörig vollziehen konnten. Ulpian. fragm. XX § 13, vgl. l. 7, l. 16 pr. D. h. t. 28, 1.

17) Die hier vertretene Ansicht theilt Windscheid Bd. 3 § 530 Anm. 7, dagegen ist Arndts § 484 Anm. 4. — Einen Fall des Testamentes eines Taubstummen durch Zeichen behandelt Gensler im Archiv für civ. Praxis Bd. 3 n. 22.

muß selbst gelten, wenn ein Verschwender während seiner Entmündigung testirte und nachher in Folge Aufhebung seiner Entmündigung testirfähig wurde.

Zweites Kapitel.

Die Formen der letztwilligen Verfügungen.

I. Einleitung.

§ 68. Form und Formlosigkeit.

Soll der letzte Wille an Formen gebunden sein oder formlos gelten?

Die Formen, die in Betracht kommen, sind Errichtung bei öffentlichen Instanzen, insbesondere vor dem Volke oder dem Regenten oder dem Gerichte — öffentliche Testamente —; ferner Errichtung vor Zeugen, endlich schriftliche Beurkundung, insbesondere eigenhändige Niederschrift oder wenigstens Unterschrift — private Testamente.

Die Form ist bei letztwilligen Verfügungen von besonderem Werthe. Bei diesem bedeutungsvollen Akte ist Gewicht darauf zu legen, daß der Wille ein gesammelter und ernster ist und daß jeder Zweifel möglichst abgeschnitten werde, ob es sich um einen bloßen Entwurf und um ein vorläufiges Projekt des Erblassers, oder um einen bestimmten Entschluß handelte. Und da der Erblasser von der Welt abgeschieden ist, wenn sein letzter Wille seine entscheidenden Wirkungen üben soll, so ist es empfehlenswerth, durch bestimmte Formvorschriften dessen Authenticität und Unverfälschtheit zu sichern.

Aber die Vortheile der Form sind durch erhebliche Opfer zu erkaufen. Denn jede Formvorschrift bringt die Gefahr mit sich, daß ein ernster letzter Wille nicht zur Verwirklichung kommen kann, weil der Erblasser nicht mehr im Stande war die Form zu wahren. Vor allem wird oft schwer empfunden werden, daß Anordnungen, welche der Erblasser in der That schließlich nicht mehr wollte und verwarf, doch Kraft behalten, weil die Formen, die zum Widerruf nöthig sind, nicht mehr gewahrt werden konnten.

Das Problem der Form oder der Formlosigkeit des letzten Willens hat die Römer sehr bewegt. Es finden sich drei Phasen, in denen entgegengesetzte Tendenzen vorwalten.

Der altrömischen und der republikanischen Zeit war es wie Naturgesetz, daß das Testament, die einzige Weise letztwilliger rechtlich bindender Verfügung, die man damals kannte, an schwerwiegende Formen geknüpft war.

Seit Augustus tritt eine entgegengesetzte Tendenz hervor. Es nahm die Formlosigkeit der letztwilligen Verfügungen in der klassischen Kaiserzeit einen weiten Raum ein, ohne doch ganz obzusiegen.

Formlos waren in jener Zeit die Fideikommisse, beziehungsweise die Kodicille,[1] formlos vollzog sich der Widerruf der Fideikommisse und der Vermächtnisse überhaupt.[2] Der nackte Wille ferner genügte bei den Testamenten der Soldaten.[3]

Dazu kam, daß sich die alten Formen, auch soweit sie bestehen blieben, abschwächten.

Konnte doch ein Testament der Art errichtet werden, daß sein eigentlicher Kern, die Erbeseinsetzung, einer künftig zu errichtenden formlosen Urkunde überwiesen wurde — s. g. mystisches Testament.[4]

In der christlichen Kaiserzeit trat eine entschiedene Reaktion gegen die Formlosigkeit ein.

Die Testamentsformen wurden reorganisirt; die Kodicille an eine bestimmte Form, die Errichtung vor 5 Zeugen gebunden; die Soldatentestamente endlich auf die Zeit der Mobilmachung beschränkt.[5]

§ 69. Zur Geschichte der Testamentsformen.[1]

1. Am Anfange der römischen Geschichte steht das Volkstestament.[2] Zweimal im Jahre versammelte sich das römische Volk calatis comitiis zum Zwecke der Errichtung von Testamenten unter der Leitung der Pontifices.

Nicht um ein Volksgesetz handelte es sich dabei, wie manche behaupten. Der römische Bürger verkündete vielmehr vor dem Volke,

---

1) Oben § 64.

2) Unten § 106.

3) Vgl. unten § 78.

4) Unten § 77 Anm. 13.

5) Unten § 73 Anm. 11.

1) Ueber die Geschichte der römischen Testamente schrieben namentlich Trekell, de origine atque progressu testamenti factionis praesertim apud Romanos 1739, und J. H. Dernburg — der ältere —, zur Geschichte der römischen Testamente 1821, vgl. ferner Hölder, Beiträge 1881 S. 20 ff.

2) Gajus Inst. II § 101. Ulpian. fragm. XX § 2. Gellius noctes atticae XV cap. 27.

welches ihm Zeugniß leistete, autonom sein Hausgesetz mündlich und öffentlich.[3]

Eine Nebenart war das testamentum in procinctu, bei welchem der Soldat in der Rüstung, ehe sich das Heer zur Schlacht in Bewegung setzte, vor demselben — dem Volke in Waffen — seinen letzten Willen testirte.

2. Diese Staatsakte wurden durch das private Mancipationstestament allmählig verdrängt.

Nicht jedem war es möglich und nicht jedem gelegen, vor dem Volke zur Testamentserrichtung zu erscheinen. Deshalb schufen die Juristen das Mancipationstestament — eine künstliche Verwerthung, um nicht zu sagen Verdrehung der Mancipation.

Man veräußerte nämlich mittels mancipatio vor dem libripens und 5 Zeugen sein Vermögen an den familiae emptor. Aber eine damit verbundene Erklärung, die nuncupatio testamenti wies denselben

3) Es ist alte Streitfrage, ob das Volk calatis comitiis bloß zum Zwecke des Zeugnisses erschien, oder ob seine Zustimmung erforderlich war, wonach denn jedes Testament im Grunde nichts als ein specielles Volksgesetz gewesen wäre. Für das erstere hat sich namentlich Dernburg a. a. O. § 10 erklärt, dem neuerdings Hölder a. a. O. S. 25 beitrat. Die Auffassung als ursprüngliches Specialgesetz vertheidigen dagegen Ihering, Geist des römischen Rechts Bd. 1 S. 125 und Mommsen, römisches Staatsrecht Bd. 2 S. 38 und Bd. 3 S. 389. Aber der Gang der Entwickelung war, daß die ursprüngliche private Autonomie des paterfamilias im Laufe der Zeit eingeengt wurde. Hier soll das entgegengesetzte Platz gegriffen haben. Das ist wenig wahrscheinlich. Ferner, soweit historische Kunde bringt, war das Testament stets ein autonomer Akt, kein Volksgesetz. So fassen es die 12 Tafeln „uti legassit ita jus esto". Daß es ein Zeugenakt war, beweist sein Name „testamentum". Mommsen giebt auch a. a. O. Bd. 3 S. 319 zu, daß die Formel der Zeugenaufrufung „ita do, ita testor itaque vos quirites testimonium mihi perhibetote", da die Anrede besser für eine Volksversammlung als für die wenigen Mancipationszeugen passe, gewiß von dem Komitialtestament auf das Mancipationstestament übergegangen sei. Dennoch soll der Akt „außer der Zeugnißleistung" ursprünglich „ein das bestehende Recht für den einzelnen Fall abänderner Volksschluß" gewesen sein. Positive Zeugnisse weiß Mommsen hierfür nicht anzuführen. Aber er beruft sich darauf, daß die testamentarischen Dispositionen nach dem Muster der gesetzlichen gefaßt waren und wirkten. Das beweist die Hypothese von Mommsen nicht im mindesten. Das Testament war das Hausgesetz, welches der römische Bürger bezüglich seines Hauses autonom gab. Um deswillen hatte es in seinen Formeln und in seinen Wirkungen Analogien mit dem Volksgesetze. Bei Gellius noctes atticae XV, 27 erklärt Labeo „calatis comitiis" als „in populi contione". Mommsen fand früher a. a. O. Bd. 2 S. 38 Anm. 1 in der Anwendung des Wortes „contio" die Negation der Beschlußfassung. Derzeit nimmt er a. a. O. Bd. 3 S. 320 u. S. 389 diese Ansicht zurück, weil, wie er nunmehr ausführt, immer und notwendig eine contio die eigentlichen comitia einleitete. Das hat er auch bewiesen, aber damit hat er nicht erklärt, warum Labeo bei den calata comitia bloß von der contio spricht. Wie dem sei, Labeos Zeugniß beweist keinenfalls für Mommsen, vielmehr bestenfalls nur nicht gegen ihn. Wohl aber ergiebt das testamentum in procinctu, bei welchem doch gewiß nicht erst abgestimmt wurde, daß das alte Komitialtestament die Eigenschaft eines Volksgesetzes nicht hatte. Anders bei den Griechen. Vgl. Schulin, das griechische Testament verglichen mit dem römischen 1882.

in die Stellung eines Erben und legte ihm die Beobachtung des letzten Willens des Erblassers auf.

Diese Form erlitt im Laufe der Zeit eine doppelte tiefgreifende Veränderung. Man ernannte nämlich andere als Erben und entzog dem familiae emptor das Erbrecht, so daß er im Grunde nichts mehr war als Zeuge, wenn auch der Form nach das Testamentsgeschäft mit ihm vor sich ging. Noch wichtiger aber war, daß es gewöhnlich wurde, die Testamente schriftlich aufzusetzen, so daß man sie nur bei der Mancipation durch eine generelle Nunkupationsformel bekräftigte.[4]

Der Schwerpunkt solcher Testamente lag in der Testamentsurkunde und ihrer Bekräftigung durch den Testator. Im übrigen war das Mancipationstestament zu einer Förmlichkeit herabgesunken, die sich in Folge der Tradition erhielt, aber innerlich hohl, ihrer Bedeutung entleert war.

3. Dies führte zum s. g. prätorischen Testamente.

Dem Prätor lag es fern, direkt eine neue Testamentsform in das Leben zu rufen. Was hätte ihn hierzu veranlaßt und ermächtigt? Er versprach aber die bonorum possessio — ursprünglich nichts als Erbschaftsbesitz — secundum tabulas testamenti, wenn eine von mindestens 7 Zeugen besiegelte Testamentsurkunde vorgelegt wurde, in welcher der Bittsteller zum Erben eingesetzt war,[5] da dieser dann prima facie als richtiger Testamentserbe galt. Denn aller Regel nach hatte der Erblasser, welcher eine solche Urkunde solennisiren ließ, auch die civilen Formen gewahrt. Das war nur nicht immer im Augenblicke festzustellen und wurde als selbstverständlich vorausgesetzt.

4) Gajus Inst. II §§ 104 ff. Eaque res ita agitur: qui facit testamentum adhibitis sicut in ceteris mancipationibus V testibus civibus Romanis puberibus et libripende postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat adicui dicis gratia familiam suam: in qua re his verbis familiae emptor utitur: „Familia pecuniaque tua endo mandatelam custodelamque meam, quo tu jure testamentum facere possis secundum legem publicam hoc aere — et, ut quidam adiciunt — aeneaque libra esto mihi empta". deinde aere percutit libram idque aes dat testatori velut pretii loco; deinde testator tabulas testamenti tenens ita dicit: „Haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt ita do, ita lego, ita testor itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote" et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare et sane, quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare.

5) Ursprünglich forderte der Prätor, daß „tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis quam e lege oportet ad me proferentur". Cicero in Verrem II cap. 45 § 117. Später verlangte er nicht, daß ihm das Testament vorgelegt werde, es genügte ihm, daß „tabulae non minus quam septem testium signis signatae extabunt", eine erhebliche Erleichterung; vgl. Lenel, edictum S. 278.

Trat freilich der civile Intestaterbe mit der hereditatis petitio gegen den bonorum possessor auf und konnte dieser im Erbschaftsstreite die Beobachtung der civilen Förmlichkeiten nicht darthun, oder wies ihm der Civilerbe einen Fehler in ihrer Vornahme nach, so mußte der Beklagte die Erbschaft herausgeben — seine bonorum possessio war sine re.

Dies änderte sich seit Antoninus Pius. Der bonorum possessor wurde seitdem gegen den Civilerben geschützt, wenn auch die Förmlichkeiten der mancipatio und nuncupatio testamenti nicht oder nicht richtig ausgeführt waren.[6]

Jetzt erst war endgültig das prätorische Testament geschaffen.

4. Theodosius II. reorganisirte im Jahre 439 das s. g. ordentliche Privattestament vor 7 Zeugen, indem er civiles und prätorisches Testament verschmolz.[7]

Daneben kamen wieder öffentliche Testamente in Uebung, welche dem Kaiser übergeben oder vor Gericht — apud acta — errichtet wurden.

Für besondere Fälle wurden außerordentliche Formen zulässig.

Merkwürdig ist, daß Valentinian III. im Jahre 466 eigenhändig geschriebene — holographische — Testamente auch ohne Zeugen für gültig erklärte.[8] Das fand aber im justinianischen Rechte keine Aufnahme.

II. Die ordentlichen Testamentsformen des justinianischen Rechtes.

§ 70. 1. Das ordentliche Privattestament.[1]

Das ordentliche Privattestament des justinianischen Rechtes geschieht vor 7 Testamentszeugen. Es wurde recipirt und in der Notariatsordnung von Maximilian I. zum Gebrauch erläutert und deklarirt. Erforderlich ist:

1. die Gegenwart von 7 Zeugen, die männlich, mündig,

---

6) Gajus Inst. II § 119 und § 120 . . . rescripto imperatoris Antonini significatur eos qui secundum tabulas testamenti non jure factas bonorum possessionem petierint, posse adversus eos, qui ab intestato vindicant hereditatem defendere se per exceptionem doli mali.

7) Novella Theodosii II tit. XVI c. 2.

8) Novella Valentiniani III tit. XX c. 2.

1) Tit. Inst. de testamentis ordinandis 2, 10 Dig. qui testamenta facere possunt 28, 1. Cod. de testamentis 6, 23. Notariatsordnung von 1512 Tit. II. Von Testamenten.

auch nicht zur Solennisirung des Testamentes unfähig sind.[2] Allgemein unfähig sind:

a) Wahnsinnige und andere des Vernunftgebrauches Beraubte;[3]

b) Taube und Stumme;[4]

Blinde sind durch kein Gesetz für unfähig erklärt, doch wird sie der Testator nicht leicht zuziehen;[5]

c) entmündigte Verschwender;[6]

d) wer durch Strafurtheil die bürgerlichen Ehrenrechte verlor, bei schriftlichen Testamenten.[7]

e) Ferner sind im besonderen unfähig die Gewaltuntergebenen des Testators,[8] sowie der eingesetzte Erbe und alle mit diesem durch eine Gewalt verbundenen Personen.[9] [10]

2) In den Quellen wird der Satz ausgesprochen — § 6 J. h. t. 2, 10 — Testes adhiberi possunt ii, cum quibus testamenti factio est. Damit ist aber nicht gemeint, daß stets und nur Testamentszeuge sein kann, wer ein Testament errichten kann, Weiber können testiren, aber nicht Testamentszeugen sein, Hauskinder Zeugen sein, aber nicht testiren. — In Rom waren Peregrinen und Sklaven zeugnißunfähig, ferner die zur Strafe intestabiles, l. 18 § 1 D. h. t. 28, 1. Dies ist unpraktisch geworden.

3) l. 20 § 4 D. h. t. 28, 1 „si habet intermissionem eo tempore adhiberi potest". Also auch entmündigte Geisteskranke in lichten Augenblicken.

4) § 6 J. h. t. 2, 10. Die Unfähigkeit der Stummen beruht auf historischen Reminiscenzen, Schwerhörigkeit schadet nicht.

5) Ueber die Fähigkeit der Blinden wird gestritten. Viele erachten sie bei schriftlichen Testamenten für unfähig, weil sie außer Stande seien, ihr Siegel und und ihre Unterschrift zu rekognosciren. So Vangerow Bd. 2 § 444, Windscheid Bd. 3 § 542 Anm. 6, Marezoll in Lindes Zeitschrift Bd. 4 S. 58. Andere betrachten sie auch bei mündlichen Testamenten als unfähig. Der Fall wird kaum je praktisch werden. Unseres Erachtens ist es aber nicht Aufgabe der Jurisprudenz, Nichtigkeiten zu schaffen, wenn sie die Gesetze nicht kennen.

6) l. 18 pr. D. h. t. 28, 1.

7) Reichsstrafgesetzbuch § 34 n. 5. Mandry, der civilrechtl. Inh. der R.G. S. 80. Ueber die zum Theil kontroversen römischen Bestimmungen vgl. Vangerow Bd. 2 § 444 I Ziff. 4. Sie sind unanwendbar geworden, Windscheid Bd. 3 § 542 Anm. 15.

8) § 9 J. h. t. 2, 10. Vgl. noch l. 20 § 2 D. h. t. 28, 1. Ulpianus libro 1 ad Sabinum . . quaeri potest, an pater ejus, qui de castrensi peculio potest testari, adhiberi ab eo ad testamentum testis possit et Marcellus libro decimo Digestorum scribit posse: et frater ergo poterit. Die entgegengesetzte Ansicht vertrat Gajus Inst. II § 106. Sie ging in § 9 J. h. t. 2, 10 über. Sie ist aber offenbar ein Ausdruck früherer, später überwundener Anschauungen.

9) § 10 J. h. t. 2, 10. Bei dem testamentum per aes et libram konnten der familiae emptor und die mit ihm durch eine Gewalt verbundenen nicht Zeuge sein, weil das Testamentsgeschäft der Form nach mit ihm geschlossen wurde, Gajus Inst. II § 105. Der Erbe und die mit ihm durch Gewalt verbundenen konnten dagegen Zeugen sein, Gajus Inst. II § 108. Justinian änderte dies; l. 20 pr. D. h. t. 28, 1 ist wahrscheinlich interpolirt. Legatare und Fideikommissare dagegen können Zeugen sein, § 11 J. h. t. Dies gilt richtiger Ansicht nach selbst für Universalfideikommissare, doch ist dies bestritten und nicht unzweifelhaft. Daher ist es unräthlich, den Universalfideikommissar als Zeugen zuzuziehen.

10) Wenn ein Sklave „qui omnium consensu liberorum loco fuit" als Zeuge

2. Nothwendig iſt eine beſondere Aufforderung des Teſtators an die Zeugen, dem Teſtirakte beizuwohnen.[11] [12]

3. Darauf muß der Akt ununterbrochen in Gegenwart der Zeugen vollzogen werden. Kleinere Unterbrechungen wegen leiblicher Bedürfniſſe des Teſtators oder der Zeugen ſchaden nicht. Wird aber die Vollendung vertagt, ſo kann das Teſtamentsgeſchäft nicht wieder da aufgenommen werden, wo es ſtille ſtand, muß vielmehr von vorn beginnen. Es iſt alſo Einheit der Handlung — unitas actus — nach Ort und Zeit von nöthen.[13]

---

zugezogen war, ſo ſoll nach einem Reſkripte Hadrians das Teſtament Geltung haben, l. 1 C. h. t. 6, 23, § 7 J. h. t. 2, 10. Hiervon iſt eine analoge Anwendung auf andere Fälle wohl zu machen. Anderer Anſicht ſind jedoch viele, unter anderen Windſcheid Bd. 3 § 542 Anm. 16.

11) Vgl. über die Rogation der Zeugen l. 21 § 2 D. h. t. 28, 1. Ulpianus libro 2 ad Sabinum: In testamentis, in quibus testes rogati adesse debent, ut testamentum fiat alterius rei causa forte rogatos ad testandum non esse idoneos placet. quod sic accipiendum est, ut licet ad aliam rem sint rogati vel collecti, si tamen ante testimonium certiorentur ad testamentum se adhibitos, posse eos testimonium suum recte perhibere l. 21 pr. C. h. t. 6, 23. Vgl. übrigens Fein bei Glück Bd. 44 S. 426.

12) Vielbeſprochen iſt l. 27 D. h. t. 28, 1. Celsus libro 15 Digestorum: Domitius Labeo Celso suo salutem. Quaero an testium numero habendus sit is qui cum rogatus est ad testamentum scribendum idem quoque cum tabulas scripsisset, signaverit. Juventius Celsus Labeoni suo salutem. Non intellego quid sit, de quo me consulueris aut valide stulta est consultatio tua: plus enim quam ridiculum est dubitare an aliquis jure testis adhibitus sit quoniam idem et tabulas testamenti scripserit. Nach dieſer Stelle nennen die Juriſten nicht ſelten eine alberne Frage „quaestio Domitiana“ und eine grobe Antwort „responsum Celsinum“. Vgl. über die Stelle Hofmann, kritiſche Studien 1885 S. 42. Domitius ſprach ſich in der That unpräcis aus. Sein Bedenken beruhte wohl darin, daß der Betreffende im gegebenen Falle nur zum Schreiben und nicht zur Zeugnißablegung rogirt war, Celſus indeſſen verſteht ihn ſo, als frage er: ob der Schreiber der Teſtamentsurkunde als ſolcher unfähig ſei, als Zeuge bei deren Solenniſirung mitzuwirken, wofür es an einem Grunde fehlte.

13) l. 21 § 3 D. h. t. 28, 1. Ulpianus libro 2 ad Sabinum: Uno contextu actus testari oportet. est autem uno contextu nullum actum alienum testamento intermiscere, § 3 J. h. t. 2, 10, l. 28 C. h. t. 6, 23. Einheit der Zeit wie des Ortes iſt ein altüberliefertes Stück des römiſchen Formalrechtes. Sie hat auch praktiſchen Nutzen, und zwar in doppelter Beziehung. Die Einheit der Errichtungszeit verbürgt die innere Einheit und Ueberſichtlichkeit der Beſtimmungen mehr, als wenn das Teſtament zu verſchiedenen Zeiten vorgenommen wurde. Ferner erleichtert ſie den Zeugen die Erinnerung und behindert falſche Ausſagen durch ſie. Denn dieſe ſind ſchwer zu kontroliren, wenn es ſich um zu verſchiedenen Zeiten vorgenommene ſtückweiſe Erklärungen des Teſtators handelt. In den Quellen iſt von der Nothwendigkeit der Abfaſſung „uno eodemque die“ die Rede, l. 21 § 2 C. h. t. 6, 23, d. h. eben von der Ausſchließung einer Vertagung des Aktes auf künftige Zeit. Marezoll in Lindes Zeitſchrift Bd. 4 n. 4 verlangte aber nach dem Buchſtaben Einheit des Tages der Art, daß ein begonnenes Teſtament „vor der Mitternachtsſtunde“ vollendet ſein müſſe. Doch an Teſtamente zur Mitternachtszeit iſt nicht gedacht. Die Ausſchließung der Vertagung des Teſtamentes hat Sinn, die Vorſchrift, daß die Mitternachtsſtunde die Fortſetzung und Vollendung des Teſtamentes hindere, wäre Unſinn. — Es iſt nicht unzuläſſig, an die Stelle eines plötzlich verhinderten Zeugen einen anderen zu ſetzen und fortzufahren, l. 28 § 3 C. h. t. 6, 23.

Der Teſtirakt kann entweder mündlich oder ſchriftlich ſein.

a) Zum mündlichen Teſtamente — t. nuncupativum — iſt nur erfordert, daß der Erblaſſer ſeinen letzten Willen vollſtändig und den Zeugen hörbar und verſtändlich erklärt.[14]

Das Teſtament bleibt ein mündliches, auch wenn unmittelbar nach dem Teſtirakt und unter Mitwirkung der Zeugen des Beweiſes halber eine ſchriftliche Aufzeichnung vorgenommen wird, ſ. g. testamentum nuncupativum in scripturam redactum.

b) Das ſchriftliche Teſtament verlangt beſondere Formen zur Sicherung der Identität, Echtheit und Unverfälſchtheit der Teſtamentsurkunde.

Dieſe muß mit Buchſtaben geſchrieben ſein, Zeichenſchrift, z. B. ſtenographiſche, genügt nicht.[15]

Die Urkunde kann vorher geſchrieben ſein, ſei es vom Teſtator, ſei es von Dritten.[16] Der Teſtator muß ſie aber den Zeugen vorlegen, als ſeinen letzten Willen anerkennen und eigenhändig unterſchreiben.[17] Dieſe Unterſchrift iſt nicht erforderlich, wenn der Teſtator das Teſtament eigenhändig ſchrieb und in ihm dies ausdrücklich bezeugt hat — beim holographiſchen Teſtamente.[18]

Kann der Teſtator wegen Schreibensunkunde oder anderer Verhinderung nicht ſchreiben, ſo iſt ein Unterſchriftszeuge zuzuziehen, welcher in ſeinem Namen die Unterſchrift leiſtet — der octavus subscriptor.[19]

---

14) l. 21 § 4, l. 26 C. h. t. 6, 23. Der Teſtator muß nicht beſonders erklären, daß er ein mündliches Teſtament zu machen beabſichtige. Iſt aber ein Teſtament als mündliches aufrecht zu erhalten, welches der Teſtator ſchriftlich abfaſſen wollte, wenn es zwar zur Vollziehung der Schrifturkunde nicht kam, wenn aber deſſen Inhalt den Zeugen vollſtändig etwa durch Verleſung des Entwurfes mitgetheilt iſt? Das Teſtament iſt dann nicht fertig geworden. Es war nur ein Projekt mitgetheilt. Vgl. über die Frage die bei Windſcheid Bd. 3 § 541 Anm. 3 citirten. Die Verneinung iſt dann unzweifelhaft, wenn der Teſtator den Teſtamentsakt freiwillig abbrach und das Teſtament nicht wieder aufnahm, obgleich er hierzu im Stande geweſen wäre.

15) l. 6 § 2 D. de bonorum possessionibus 37, 1.

16) Vom Teſtator ſelbſt geſchriebene Teſtamente heißen holographa, von anderen — dem testamentarius — geſchriebene allographa.

17) Die Unterſchrift der Zeugen und auch des Teſtators wurde erſt ſeit der chriſtlichen Kaiſerzeit gefordert, § 3 J. h. t. 2, 10. Das genauere ſiehe bei Bruns, kleinere Schriften Bd. 2 S. 77 ff.

18) l. 28 § 6 C. h. t. 6, 23.

19) l. 21 pr. C. h. t. 6, 23. Ob der octavus subscriptor die Eigenſchaft eines Teſtamentszeugen haben muß, iſt beſtritten; da es die Geſetze nicht ausdrücklich verlangen, iſt es nicht anzunehmen. Der octavus subscriptor kann mit ſeinem eigenen Namen unter Beifügung ſeiner Eigenſchaft unterſchreiben. Es iſt nicht minder gültig, wenn er unter Hervorhebung, daß dies im Auftrage des Erblaſſers

Auch die Zeugen haben zu unterſchreiben — subscribere —, dies unter Beifügung eines Siegels.

In Rom hatten ſie das Teſtament, welches verſchloſſen und verſchnürt wurde, von außen zu verſiegeln, wobei ſie zum Siegel ihren Namen fügten — superscribere —, damit man ſie vor der Teſtamentseröffnung zur Rekognition der Siegel laden konnte.[20] Dem modernen Gebrauche iſt aber die Verſiegelung fremd. Das Siegeln wird zwar erfordert, jedoch nur zur Beglaubigung der eigenhändigen Unterſchrift der Zeugen.

§ 71. 2. Die öffentlichen Teſtamente.

Die beiden Formen öffentlicher Teſtamente, welche in der chriſtlichen Kaiſerzeit anerkannt wurden, das t. principi oblatum und das gerichtliche,[1] hatten in Deutſchland ſehr verſchiedene Schickſale.

Dem Regenten übergebene Teſtamente ſind ſehr wenig in Gebrauch gekommen.

Dagegen haben die gerichtlichen Teſtamente, welche in den Quellen nur mit einem Worte erwähnt werden, die größte Verbreitung gefunden. Sie ſind in Deutſchland weit häufiger als die Privatteſtamente vor 7 Zeugen.

Es wurden zwei Arten derſelben ausgebildet. Bei der einen erfolgt eine ſpecielle mündliche Erklärung des letzten Willens durch den Erblaſſer, welche durch gerichtliches Protokoll feſtgehalten und ſolenniſirt wird. Bei der anderen übergiebt der Erblaſſer ſeinen letzten Willen — offen oder verſchloſſen — bei Gericht als ſein Teſtament und es wird die Uebergabehandlung durch gerichtliches Protokoll beglaubigt und ſolenniſirt.[2]

geſchehe, den Namen des Erblaſſers unterſchreibt. Das natürliche iſt, daß er, wie der Teſtator zu thun pflegt, vor den Zeugen unterſchreibt. Aber eine Nichtigkeit iſt es nicht, wenn er ſeine Unterſchrift erſt nach denjenigen der Zeugen ſetzt. R.G. Bd. 12 S. 163.

20) In den zu Ravenna aufgefundenen Teſtamentsurkunden aus dem 6. Jahrhundert, Bruns, fontes (5. Aufl.) S. 302, tritt der Unterſchied von superscriptio und subscriptio klar hervor. Nach den Eröffnungsprotokollen der dortigen Teſtamente erklärten namentlich die Zeugen „agnosco signaculum anuli mei et superscriptionem meam sed et intrinsecus subscripsi.“ Vgl. Bruns in ſeinen kleinen Schriften Bd. 2 S. 89.

1) l. 19 C. de testamentis 6, 23, nov. Valentiniani III c. 1 §§ 1 und 2.

2) Die Eſſentialien eines gerichtlichen Protokolls müſſen vorhanden ſein. Daß daſſelbe datirt ſei, iſt eine Ordnungsvorſchrift, aber nicht der Art weſentlich, daß die Verſäumniß des Datums Nichtigkeit des Teſtamentes nach ſich zöge, R.G. Bd. 9 S. 201. Das Protokoll bedarf der Vorleſung und der Genehmigung ſeitens des Teſtators, vgl. freilich Seuffert, Archiv Bd. 9 n. 308. Die Unterſchrift des Teſtators iſt nicht nöthig. Bolze, Praxis des R.G. Bd. 2 S. 317. Seuffert, Archiv Bd. 16 n. 231.

Persönliche Erklärung des Testators bei Gericht ist in beiden Fällen nöthig. Denn Stellvertretung ist bei der Testamentserrichtung allgemein ausgeschlossen.[3 4] Das Gericht begiebt sich jedoch auf Antrag zum Erblasser behufs der Solennisirung seines Testamentes.

Nicht bloß der Richter des Domicils des Erblassers, sondern jeder mit der Solennisirung von Testamenten betraute Richter ist zuständig. Natürlich muß er innerhalb seines Gerichtssprengels, also amtlich, thätig geworden sein.

Die Zuziehung eines Gerichtsschreibers ist Regel, sie ist aber nicht Bedingung der Gültigkeit des Aktes.

Meist bleibt das Testament im Depositum des Gerichtes. Auch dies ist aber nicht für seine Rechtsbeständigkeit wesentlich.

Nach kanonischem Rechte kann ein Testament auch vor dem Pfarrer und zwei Zeugen aufgenommen werden.[5] Diese Form war dereinst in Deutschland bei weitem die verbreitetste und galt gemeinrechtlich. Sie ist aber außer Gebrauch gekommen. Nur in einzelnen Partikeln Deutschlands hat sie sich erhalten.[6]

III. Besondere Arten der Testamente.

§ 72. Außerordentliche Formen.

Die Formen der Privattestamente sind in einem Falle erschwert, in vielen erleichtert.

1. Das Testament des Blinden ist erschwert. Sein Inhalt muß den Zeugen mündlich und speciell eröffnet und zudem schriftlich beurkundet werden. Außer den 7 Zeugen ist ein Notar, oder wenn ein solcher am Orte nicht auffindbar ist, ein achter Zeuge zuzuziehen. Die Testamentsurkunde ist von sämmtlichen Urkundspersonen zu unterschreiben und zu unterfiegeln.[1 2]

---

3) Hierfür hat sich die Praxis erklärt. Seuffert, Archiv Bd. 2 n. 200, Bd. 11 n. 263. So auch Windscheid Bd. 3 § 545 Anm. 5.

4) Ueber die unitas actus beim gerichtlichen Testament: E. Franck im hessischen Archiv für prakt. Rechtswissenschaft Bd. 6 n. 17 S. 374. Sie ist nicht nothwendig. Das Protokoll kann abgebrochen und später einfach fortgesetzt werden.

5) cap. 10 X. de testamentis 3, 26.

6) Roth, das Testament vor dem Pfarrer und zwei Zeugen in Hausers Zeitschrift 1874 Bd. 1 S. 208. Gegen diese Testamente reagirte seit dem 16. Jahrhundert die weltliche Gesetzgebung, vgl. Kahl, die deutschen Amortisationsgesetze 1880 S. 46.

1) l. 8 C. qui facere testamenta possunt 6, 22. Not.-Ordn. II § 9. Glück, Bd. 34 S. 26 und dort citirte.

2) Dieselben Formen gelten für Kodicille der Blinden. Der Blinde kann auch

2. Beim Testament zur Zeit einer Pest, d. h. einer ansteckenden lebensgefährlichen Epidemie, ist den Zeugen erlassen, sich in unmittelbarer Nähe des Testators aufzuhalten.[3]

3. Zum Testamente auf dem Lande[4] — ruri conditum — genügen 5 Zeugen. Die geringere Zahl ist freilich vom Gesetze nur für den Fall zugelassen, daß nicht mehr „gefunden wurden"; das ergiebt sich aber daraus, daß eben nicht mehr mitwirken, und ist nicht besonders zu beweisen.[5]

Beim schriftlichen Testamente auf dem Lande können ferner die schreibkundigen Zeugen für die nicht schreibkundigen unterschreiben. Das setzt aber voraus, daß den Zeugen der Inhalt des Testamentes kundgethan ist.

4. Für das Ascendententestament — testamentum parentum inter liberos — genügt eigenhändige Niederschrift der Namen der zu Erbern ernannten Descendenten, ferner ihrer Erbtheile mit Buchstaben und endlich des Datums.[6] Die Unterschrift des Testators ist in den römischen Gesetzen nicht gefordert, gehört aber nach jetzigem Rechte zur Vollendung der Privaturkunde, also auch des Ascendententestamentes. Ohne Unterschrift gilt das Schriftstück als bloßes Projekt.[7]

Zu mündlichen Ascendententestamenten bedarf es bloß 2 Zeugen.[8]

Vermächtnisse zu Gunsten Dritter in Ascendententestamenten ver-

---

unter seinen Descendenten in keiner anderen Form testiren. Bei gerichtlichen Testamenten und Kodicillen der Blinden fallen aber die besonderen Vorschriften weg trotz § 4 J. quibus non est permissum 2, 12, Glück a. a. O. S. 37.

3) l. 8 C. h. t. 6, 23. Diocletianus et Maximianus: Casus majoris, ac novi contingentis ratione adversus timorem contagionis, quae testes deterret, aliquid de jure laxatum est: non tamen prorsus reliqua etiam testamentorum sollemnitas perempta est. Testes enim hujusmodi morbo oppresso eo tempore jungi atque sociari remissum est, non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublata est. Die Vulgathandschriften lesen „oppressos". Danach wären die Zeugen pestkrank oder, wie man auch gemeint hat, durch die Furcht vor der Krankheit niedergedrückt. Der Veronenser Kodex liest „oppresso". Das stimmt mit den Basiliken und giebt allein einen vernünftigen Sinn. Vgl. Vangerow Bd. 2 § 445. Windscheid Bd. 3 § 544 Anm. 7 will den conspectus testatoris bei jeder ansteckenden Krankheit des Testators erlassen. Dies geht über die gesetzliche Bestimmung weit hinaus.

4) l. 31 C. de testamentis 6, 23, Not.-Ordn. II § 2. Mühlenbruch bei Glück Bd. 42 S. 245. Marezoll im Archiv für civ. Praxis Bd. 9 n. 15. Fritz in Lindes Zeitschrift Bd. 5 n. 2.

5) Vgl. jedoch Windscheid Bd. 3 § 544 Anm. 8.

6) l. 21 § 3 Cod. de testamentis 6, 23, nov. 107 cap. 1; Mühlenbruch bei Glück Bd. 4 S. 151 und dort citirte.

7) Anders Mühlenbruch a. a. O. S. 184, Windscheid Bd. 3 § 544 Anm. 11.

8) Not.-Ordn. § 2. Es ist das bestritten, doch herrschende Ansicht.

langen Zuziehung von 5 Zeugen.[9][10]

Die bloße Theilung des Nachlasses durch Ascendenten unter Descendenten ohne Aenderung der Erbportionen — divisio inter liberos — erfordert nur einen von dem Ascendenten oder den Descendenten unterschriebenen Aufsatz.[11]

5. Gewöhnliche Behauptung ist, daß nach kanonischem Rechte Testamente zu Gunsten der Kirche und frommer Zwecke — ad pias causas — formlos errichtet werden könnten. Sie beruht aber auf Mißverständniß.[12]

§ 73. Das Militärtestament.[1]

Das römische Militärtestament wurde nach dem Vorgange einer temporären Verordnung von Julius Cäsar durch Mandate der römischen

9) Es bedarf der allgemeinen Regel nach, von der eine Ausnahme nicht gemacht ist, für Vermächtnisse an Dritte der Kodicillarzeugen. Ganz ähnlich sagt l. 22 C. de fideicommissis 6, 42 „adhibitis testibus", und niemand zweifelt, daß dies die 5 Kodicillarzeugen sein sollen. Beim Ascendententestament aber ist dies sehr bestritten, a. Anf. z. B. Windscheid Bd. 3 § 544 Anm. 13. Erbeseinsetzungen zu Gunsten Dritter sind nichtig, l. 21 § 3a C. de test. 6, 23. Daß ältere Testamente durch Ascendententestamente nicht beseitigt würden, wird u. a. von Arndts § 489 Note 8 behauptet, ist aber nicht anzunehmen, vgl. die Herausgeber der 13. Aufl. hierzu.

10) Aufgehoben wird ein testamentum inter liberos nur durch ein solennes Testament, aber auch, was man meist übersieht, durch Vernichtung der Urkunde seitens des Testators, nov. 107 cap. 2.

11) nov. 18 cap. 7, nov. 107 cap. 3.

12) Vgl. über die bezügliche Dekretale Schulte in Lindes Zeitschrift n. F. Bd. 8 n. 6. Die Dekretale hat einen ganz anderen Bezug, als die herrschende Meinung annimmt. Es war nämlich unter den Glossatoren streitig, ob die Zahl von 7 Zeugen bloß bei der Testamentserrichtung nöthig sei, oder ob die gleiche Zahl auch später zum Beweise im Erbschaftsprozesse producirt werden müsse, „quo plenissime veritas reveletur". Vgl. Hänel, dissensiones dominorum cap. 55 und 100. Diese Streitfrage allein entschied cap. 11 X. de testamentis 3, 26: Relatum est, quod quum ad vestrum examen super relictis ecclesiae causa deducitur, vos nisi septem vel quinque idonei testes intervenerint inde postponitis judicare. Mandamus quatenus quum aliqua causa talis ad vestrum fuerit examen deducta eam non secundum leges, sed secundum decretorum statuta tractetis tribus aut duobus legitimis testibus requisitis, quoniam scriptum est „in ore duorum vel trium testium stet omne verbum". Nicht die Frage, wie Testamente errichtet werden können, wird hier beantwortet, sondern wie sie — vorausgesetzt daß sie gültig errichtet wurden — zu beweisen sind. Daß dies der Sinn der Dekretale ist, geht besonders deutlich aus dem Original hervor, welches der Bearbeitung der Dekretalensammlung zu Grunde liegt und das Schulte a. a. O. mittheilt. Allerdings wird seit langer Zeit die Dekretale so verstanden, daß man in ihr eine Vorschrift über die Errichtung eines Testamentes ad pias causas zu finden glaubt. Doch nur wo dieses Mißverständniß zu einem partikularen Gewohnheitsrechte geführt hat, ist dasselbe maßgebend, auf gemeinrechtliche Geltung kann es keinen Anspruch machen. Cap. 4 X. de test. spricht von geringfügigen Legaten, nicht von Zuwendungen ad pias causas als solchen.

1) Tit. Inst. de militari testamento 2, 11 Dig. de testamento militis 29, 1 Cod. 6, 21. Mühlenbruch bei Glück Bd. 42 S. 19.

Kaiſer ſeit Titus geſchaffen.[2] Für die Soldaten ſollte hernach an die Stelle der ſtreng formellen und kunſtgerechten civilen Teſtamentstheorie Natur und Einfachheit treten, ſo daß der nackte Wille des Teſtators vollſte Geltung erhielt.[3]

Daher war der Soldat entbunden von den civilen Vorſchriften über die Form der Teſtamente. Jede Art der Erklärung genügte, wenn nur der ernſte Wille des Teſtators feſtſtand.[4]

Das Soldatenteſtament war ferner von materiellen Beſchränkungen der Teſtamente frei.[5] Hier galt namentlich nicht die Regel nemo pro parte testatus decedere potest,[6] nicht der Satz semel heres semper heres,[7] nicht die lex Falcidia.[8] Verfügungen gegen die guten Sitten aber waren auch in den Soldatenteſtamenten ungültig, z. B. kaptatoriſche Dispoſitionen, nicht minder was gegen die Rechte Dritter verſtieß.[9]

Die Geltung der während der Soldatenzeit errichteten Teſtamente erloſch mit dem Austritte aus dem Soldatenſtande, im Falle einer Entlaſſung in Ehren jedoch erſt nach Verfluß eines Jahres.[10]

Juſtinian beſchränkte das Privileg auf den Fall des Feldzuges.[11]

Im Mittelalter forderte Theorie und Praxis ferner für die Regel zwei Zeugen; nur Teſtamente in der Schlacht ſollten völlig formlos ſein. Dies bekräftigte die Notariatsordnung.[12]

---

2) pr. J. h. t. 2, 11, l. 1 D. h. t. 29, 1. Das Anwachſungsrecht beim testamentum militis behandelt Hofmann, krit. Studien n. 5.

3) l. 1 pr. D. h. t. 29, 1. Das betreffende Kapitel der mandata ſchloß mit den Worten „faciant igitur testamenta quo modo velint, faciant quo modo poterint, sufficiatque ad bonorum suorum divisionem faciendam nuda voluntas".

4) Die große Schwierigkeit, den ernſten letzten Willen von unbedachten Aeußerungen zu ſcheiden, trat freilich ſehr frühe hervor. Schon Trajan legte bei der Frage der Ernſtlichkeit Gewicht darauf, ob die Erklärung „convocatis ad hoc hominibus, ut voluntatem suam testaretur" erfolgt war. l. 24 D. h. t. 29, 1. Aber hierin lag keine nothwendige Form. Konſtantinus bezeichnet daher in der l. 15 C. h. t. 6, 21 als ausreichend: „si quid in vagina aut in clipeo litteris sanguine suo rutilantibus adnotaverint aut in pulvere inscripserint gladio sub ipso tempore, quo in proelio vitae sortem derelinquunt.

5) l. 13 § 2 D. h. t. 29, 1.

6) l. 6, l. 19 pr. l. 37 D. h. t. 29, 1.

7) l. 15 § 4, l. 41 pr. D. h. t. 29, 1.

8) l. 12 C. h. t. 6, 21. Aber „si quid ultra vires patrimonii postulatur .. tueri te potes" gilt auch für den mit Legaten beſchwerten Erben des Soldaten.

9) l. 11 C. h. t. 6, 21. Vgl. ferner l. 15 pr. D. h. t. 29, 1; l. 16 D. eod.

10) l. 25, l. 26 D. h. t. 29, 1.

11) pr. J. h. t. 2, 11; l. 17 C. h. t. 6, 21.

12) Not.-Ordn. II § 2. Daß die Notariatsordnung nur die ſeit der Zeit der

Friedrich der Große gab dem Soldatenteſtamente in einer Cirkularordre vom 18. Mai 1747 eine neue Regelung, welche der ſpäteren preußiſchen Geſetzgebung und dem Reichsmilitärgeſetze vom 2. Mai 1874 § 44 zu Grunde liegt.[18]

Hiernach iſt das Soldatenteſtament nur noch bezüglich der Form privilegirt.

Das Privilegium bezieht ſich auf die Angehörigen des deutſchen Heeres und die nach dem Militärſtrafgeſetzbuch den Militärgeſetzen unterworfenen Perſonen während eines Kriegs- oder Belagerungszuſtandes.

Daſſelbe beginnt für die Betreffenden, wenn ſie ihre Standquartiere, oder falls ſie ſolche nicht haben, ihre Wohnorte im Dienſte verlaſſen haben, oder wenn ſie in denſelben angegriffen oder belagert werden. Es dauert für ſie bis zur Demobiliſirung des Truppentheils, dem der Teſtator angehört, oder dem früheren Verluſt des militäriſchen Charakters.

Es genügt für das militäriſche Teſtament:

a) eigenhändige Nieder- und Unterſchrift des Teſtators, oder

b) Unterſchrift deſſelben, wenn ſie durch zwei Zeugen oder einen Officier oder Auditeur mittelſt Unterſchrift beglaubigt iſt, oder

c) eine mündliche Erklärung des Teſtators zu Protokoll vor einem Auditeur oder Officier unter Zuziehung eines anderen Auditeurs oder Officiers oder zweier Zeugen, wenn die Verhandlung dem Teſtator vorgeleſen und von den Urkundsperſonen unterſchrieben iſt.

Die Zeugen ſind bloße Beweiszeugen.

Das militäriſche Teſtament verliert ſeine Geltung mit Ablauf eines Jahres von dem Augenblicke an, in welchem das Recht des Teſtators militäriſch zu teſtiren aufhört. Die Friſt läuft aber nicht während der Zeit, in welcher der Teſtator zur Errichtung einer anderen letztwilligen Verfügung unfähig iſt. Das Teſtament behält auch dann ſeine Gültigkeit, wenn der Teſtator während der Friſt verſchollen iſt.

Wenn ein militäriſches Teſtament auch den Anforderungen des bürgerlichen Rechtes genügt, ſo iſt es natürlich an die Jahresfriſt nicht gebunden.

Gloſſatoren herrſchende Meinung wiedergab, welche ſich auf die oben Anm. 4 citirten Stellen zu ſtützen ſuchte, hat Fitting in ſeiner intereſſanten Schrift zur Geſchichte des Soldatenteſtamentes Halle 1866 nachgewieſen.

13) Mandry, Inhalt der Reichsgeſetze S. 530. Mein Preuß. Privatrecht Bd. 3 § 114.

IV. Erleichterte Form für Vermächtniſſe.

§ 74. Die Kodicillarform.[1]

Da ſich die Formloſigkeit der Kodicille auf die Dauer nicht bewährte, war das nächſte, ſie an die Teſtamentsformen zu binden. Das verſuchte Konſtantin für die Inteſtatkodicille.[2]

Doch dies ſchien wieder zu weit zu gehen, und es bildete ſich — wohl als Kompromiß zwiſchen den extremen Anſichten — eine eigene Kodicillarform.[3] Sie fordert:

a) die Zuziehung von 5 Zeugen, vor denen der Erblaſſer ſeinen Willen erklärt, oder eine Schrift ſolenniſirt.

b) Die ſchriftlichen Kodicille hat der Erblaſſer, wenn ſie nicht holographe ſind, vor den Zeugen zu unterſchreiben oder, falls er hierzu nicht im Stande iſt, durch einen für ihn Schreibenden unterſchreiben zu laſſen. Auch die Zeugen haben zu unterſchreiben.

c) Endlich wird auch Einheit des Aktes verlangt.

Beſtritten iſt, ob noch andere Solennitäten der Teſtamente für die Kodicille zu fordern ſind, insbeſondere ob die Kodicillarzeugen die Eigenſchaft von Teſtamentszeugen haben und ob ſie beſonders rogiert ſein müſſen. Die neueren behaupten dies faſt durchgängig, indem ſie ſich darauf berufen, daß ſich die Kodicillarform nach Analogie der Teſtamentsform gebildet habe. Aber durch die Jurisprudenz Nichtigkeiten für Rechtsgeſchäfte nach Analogie feſtzuſtellen, iſt bedenklich. In der That nahm die Kodicillarform eine beſondere Entwickelung. Man legte vorzugsweiſe Gewicht darauf, den Beweis der Echtheit und Unverfälſchtheit zu ſichern. Andere Solennitäten verlangen die Kodicille nach Juſtinians Zeugniß nicht.[4] Genügen doch ſelbſt bloße

---

1) Tit. Inst. de codicillis 2, 25. Dig. de jure codicillorum 29, 7. Cod. de codicillis 6, 36. Ueber die Form der Kodicille vgl. Danz in Lindes Zeitſchrift Bd. 9 n. 8.

2) Zuerſt beſtimmten Konſtantinus und Konſtantius im Jahre 326 für die Inteſtatkodicille l. 1 C. Theod. de testamentis 4, 4: In codicillis quos testamentum non praecedit sicut in voluntatibus testamenti septem testium vel quinque interventum non deesse oportet: sic enim fiet, ut testantium successiones sine aliqua captione serventur. Im Jahre 424 erließ dann Theodoſius der Große am Schluſſe einer von der Kodicillarklauſel handelnden Konſtitution eine allgemeine Verfügung über die Zuziehung von 5 oder 7 Zeugen bei Kodicillen jeder Art. l. 7 § 2 C. Theod. eod. Aus dieſer Verordnung entſtand die l. 8 § 3 C. J. h. t. 6, 36, welche die Kodicillarform regelt.

3) l. 8 § 3 C. h. t. 6, 36, l. 28 in fine C. de testamentis 6, 23, l. 8 C. qui test. facere 6, 22.

4) Seit Danz a. a. O. iſt die Meinung die herrſchende geworden, daß alle

Zeichen in Gegenwart der Zeugen.[5]

Kodicille der Blinden theilen die Erschwerungen ihrer Testamente.[6]

Die Testamentsformen, insbesondere gerichtliche Errichtung genügen auch für Kodicille.

§ 75. Das Oralfideikommiß.[1]

Da Justinian die Kodicillarform vorzugsweise als Beweissicherung erachtete, kam er auf den Gedanken des s. g. Oralfideikommisses, dessen Form einzig in der unmittelbaren Mittheilung des Erblassers an den Beschwerten besteht. Er wollte treue Erfüllung solcher Auflagen erzwingen, ohne daß doch die Gefahren der Formlosigkeit einträten. Kläger soll nämlich den Gefährdeeid zu schwören haben, wonach er ohne Chikane klage, Beklagter sich nur durch den Eid befreien, daß er die fragliche Anordnung nicht vom Erblasser vernahm.[2]

Weigert er sich dessen, so wird er verurtheilt. Anderer Beweis ist ausgeschlossen.

Wie sich nun aber dieses Verfahren mit der C.P.O. reimen soll, ist dunkel. Denn diese weiß von Eiden der hier gedachten Art nichts.[3]

Testamentsformalitäten bei den Kodicillen zu beachten seien und daß nur die Zahl der Zeugen eine geminderte sei. Unerklärt bleibt dabei vor allem, daß die Kodicille nach § 3 J. h. t. 2, 25 „nullam sollemnitatem ordinationis desiderant". Dafür daß die Kodicillarzeugen nur als Beweiszeugen betrachtet werden, spricht ferner gar sehr l. 32 C. de fideicommissis 6, 42. Daß es auf die Rogation der Zeugen nicht ankam, ergiebt endlich l. 8 § 3 C. h. t. 6, 36 „quinque testes vel rogati vel qui fortuitu venerint". Nur auf gezwungene Weise wird diese Gesetzesbestimmung von den neueren weginterpretirt.

5) Die natürlich interpolirte l. 22 C. de fideicommissis 6, 42 vom Jahre 293 sagt: Et in epistula vel brevi libello vel sine scriptura immo etiam nutu fideicommissum relinqui posse adhibitis testibus nulla dubitatio est. Testamente dagegen müssen mündlich oder schriftlich erklärt sein! Es ist also unrichtig, wenn die heute herrschende Ansicht alle Testamentsformalitäten, abgesehen von der Zeugenzahl, für Kodicille fordert.

6) l. 8 C. qui test. facere possunt 6, 22; oben Bd. 3 § 72 Ziff. 1.

1) l. 32 C. de fideicommissis 6, 42, § 12 J. de fideicommissariis hered. 2, 23. Arndts bei Glück Bd. 47 S. 341. Sonnenschmidt, neue praktische Erörterungen S. 1. Andere Litteratur siehe bei Windscheid Bd. 3 § 629.

2) Der Eid, welchen der angeblich Onerirte zu leisten hat, lautet nach § 12 J. h. t. 2, 23 „quod nihil tale a testatore audivit". Das ist ein fester Punkt, von dem man auszugehen hat. Viele neuere wollen gleichwohl eine durch Boten oder Brief vermittelte Mittheilung als genügend ansehen. So Windscheid Bd. 3 § 629, welcher findet, man habe kein Recht, jene Eidesformel zu pressen, und nur insoweit in derselben die Grenze zieht, als sie die Nothwendigkeit einer Mittheilung an den Beschwerten darthut, so daß auch Windscheid einen im Nachlaß gefundenen Brief für nicht genügend erklärt.

3) Die C.P.O. kennt keinen „Gefährdeeid" mehr, und doch ist er Bedingung

Damit ist aber, wie es scheint, das Oralfideikommiß unpraktisch geworden.

Theorie und Praxis früherer Jahrhunderte nahmen auch an, daß sich der Erblasser in seinem Testamente die Befugniß zu formlosen Nachzetteln — codicilli confirmati in futurum — vorbehalten könne.[4] Da aber die Kodicillarform für Kodicille jeder Art vorgeschrieben ist, so wird dies mit Recht neuerdings verworfen.[5]

Drittes Kapitel.

Die allgemeinen Grundsätze der letztwilligen Verfügungen.

I. Der letzte Wille und seine Erklärung.

§ 76. Bestimmtheit des Willens.

Die Verfügungen von Todeswegen müssen das Produkt des eigenen bestimmten Willens des Erblassers sein.[1]

Das bezieht sich nicht auf die Vorbereitung derselben. Dritte können dem Erblasser Vorschläge machen, den Testamentsentwurf für ihn schreiben, ja ausarbeiten. Indem ihn der Erblasser persönlich nach genommener Kenntniß solennisirt, macht er sich seinen Inhalt zu eigen. Es ist auch nicht ausgeschlossen, daß der Erblasser beim Testamentsgeschäfte selbst Hülfe und Beistand Dritter in Anspruch nimmt.

Die getroffenen Anordnungen aber müssen selbständige sein.

Dabei ist zu unterscheiden:

a) Nicht gestattet ist dem Erblasser, Dritten die Verfügung über seinen Nachlaß testamentarisch zu übertragen, ihnen hierbei, wie man sagt, carte blanche zu geben.[2] Derartige allgemeine

---

der Geltendmachung des justinianischen Oralfideikommisses. Vgl. weiter Einführungsgesetz zur C.P.O. § 14 Ziff. 2.

4) Insbesondere vertrat diese Ansicht J. H. Böhmer disp. de codicillis absque testibus validis Hal. 1707, dann auch exerc. ad Pand. V, 78.

5) Fein bei Glück Bd. 45 S. 96. Anders Krämell im Archiv für civ. Praxis Bd. 43 n. 3 S. 78, Bd. 46 n. 4. Dagegen aber Chop ebendaselbst Bd. 44 n. 12 S. 335 und Windmüller Bd. 45 n. 15.

1) Ulpian, fragm. XXII § 4 „certum consilium debet esse testantis".

2) l. 32 pr. D. de hered inst. 28, 5. Gajus libro 1 de testamentis ad edictum praetoris urbani: Illa institutio „quos Titius voluerit" ideo vitiosa est,

Vollmachten entsprechen den Bedürfnissen des Verkehres für Geschäfte unter Lebenden. Anders bei Geschäften von Todeswegen. Denn für die Beerbung besteht ohnehin eine allgemeine gesetzliche Ordnung. Dem Erblasser ist zwar freigelassen, seinen letzten Willen in concreto an deren Stelle zu setzen; wenn er selbst aber nicht etwas zu bestimmen weiß, so behält es mit Recht sein Bewenden bei der gesetzlichen Erbfolge.

Die Zulässigkeit einer allgemeinen Vollmacht, nach dem Tode des Erblassers dessen Nachfolger zu bestimmen, könnte auch zu erheblichen Mißbräuchen führen, da oft nicht zu ermitteln wäre, ob der Beauftragte dabei den ihm kund gethanen Intentionen des Erblassers, dessen Vertrauen er zu erschleichen wußte, nachkommt oder entgegenhandelt.

Das kanonische Recht und der mittelalterliche Gebrauch theilte diese Bedenken nicht und verstattete vielmehr, Dritten die Verfügung über den Nachlaß anheimzustellen.[3] Aber die neuere Praxis hat dies nicht angenommen, vielmehr an den entgegenstehenden Bestimmungen des römischen Rechtes festgehalten.

b) Es fragt sich weiter, ob *bestimmte Anordnungen* testamentarisch an die *Zustimmung Dritter* geknüpft werden können; z. B. eine Frau, gewohnt, stets ihrem Manne zu folgen, testirt während dessen Abwesenheit im Felde bei plötzlich ausbrechender Krankheit: „Ich vermache mein Vermögen dem N., wenn mein Mann damit einverstanden ist."

Eine alte römische Rechtsregel lautete, daß die Testamente durch sich selbst bestehen müßten, und erklärte insbesondere Erbeseinsetzungen unter der Bedingung des Wollens Dritter für nichtig. Aber in der Kaiserzeit umging man diese Regel. Man ließ nämlich zu, letztwillige Dispositionen an *Handlungen* Dritter zu knüpfen, welche, an sich irrelevant, nur den Zweck haben, die Willenszustimmung auszudrücken. Hiernach wäre oben gedachte Anordnung gültig, falls sie stylisirt wäre, wenn mein Mann an den N. ein „Ja" schreibt.[4]

---

quod alieno arbitrio permissa est: nam satis constanter veteres decreverunt testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere.

3) cap. 13 X. de testamentis 3, 26. Innocenz III.: Qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit. non videtur decedere intestatus. Manche behaupten, es habe sich nur um ein besonderes Gewohnheitsrecht von *Geistlichen* gehandelt, welches Innocenz III. anerkannte, keineswegs aber um einen allgemeinen Rechtssatz, vgl. namentlich Bangerow Bd. 2 § 432. Das ist unrichtig. Es galt im Mittelalter vielmehr allgemein als zulässig, daß der Erblasser seinem Testamentsvollstrecker überließ, nach seinem Ermessen „das Seelgeräth" auszurichten, überhaupt nach seinem Befinden über den Nachlaß zu verfügen, Stobbe Pr. Recht Bd. 5 S. 264.

4) l. 69 D. de hered. inst. 28, 5. Pomponius libro 7 ad Quintum Mucium:

Ulpian erklärte beides aber mit Recht für gleichbedeutend und erkannte Zuwendungen unter der Bedingung des „Wollens" Dritter an. Das ist als praktisches Recht anzusehen.[5]

Das vollends ist kaum zweifelhaft, daß man eine letztwillige Verfügung in das vernünftige Ermessen Dritter stellen kann.[6] [7]

c) Die ältere Jurisprudenz schloß aus der Anforderung eines bestimmten Willens des Erblassers, daß er eine „incerta persona" nicht honoriren dürfe, d. h. eine solche, deren Individualität sich der Erblasser nicht konkret vorstellen kann. Ungültig war daher unter anderem ein Vermächtniß zu Gunsten des künftigen Schwiegervaters des noch unverlobten Sohnes des Erblassers. Justinian hat dies aufgehoben.[8]

Etwas anderes ist es, daß der Erblasser, welcher eine juristische Person schaffen und zum Erben einsetzen will, dieselbe so genau charakterisiren muß, daß sie in das Leben treten kann.[9]

Si quis Sempronium heredem instituerit sub hac condicione „si Titius in capitolium ascenderit" quamvis non alias heres esse possit Sempronius nisi Titius ascendisset in Capitolium et hoc ipsum in potestate sit repositum Titii: quia tamen scriptura non est expressa voluntas Titii, erit utilis ea institutio; atquin, si quis ita scripserit, „si Titius voluerit Sempronius heres esto" non valet institutio. quaedam enim in testamentis si exprimantur effectum nullum habent, quando, si verbis tegantur, eandem significationem habeant, quam haberent expressa, et momentum aliquod habebunt. Ebenso Modestinus in der l. 52 D. de cond. et demonstr. 35, 1, welcher hinzufügt: „inde dictum est; expressa nocent, non expressa non nocent".

5) Ulpianus libro 9 ad Sabinum. l. 1 pr. D. de leg. II: In arbitrium alterius conferri legatum, veluti condicio, potest: quid enim interest „si Titius in Capitolium ascenderit" mihi legetur an „si voluerit", ebenso in l. 46 § 2 D. de fideic. libert. 40, 5 und in l. 43 § 2 D. de leg. I. Die Versuche Ulpians Entscheidungen mit den in der Anm. 4 abgedruckten Stellen in Uebereinstimmung zu bringen — siehe insbesondere Vangerow Bd. 2 § 432 Anm. 1, Windscheid Bd. 3 § 633 Anm. 17 —, sind gescheitert, wie noch neuerdings Unger in Iherings Jahrbüchern Bd. 25 S. 334 überzeugend dargethan hat. Unger freilich will die Ansicht Ulpians im justinianischen und heutigen Rechte verworfen wissen. Mit Unrecht. Denn entweder bestehen gute innere Gründe, um Verfügungen ungültig zu erklären, die von der Zustimmung Dritter anhängig sind; dann muß dies durchgeführt werden, mag es direkt oder indirekt verfügt sein, oder es bestehen solche Gründe, wie in der That der Fall ist, nicht; dann muß man die Geltung ohne Rücksicht auf die gebrauchte Formel anerkennen.

6) l. 1 § 1 D. de leg. II, l. 11 § 2 D. de leg. III.

7) Vermächtnisse können nicht in die bloße Willkür des Erben, wohl aber in dessen sachgemäßes Ermessen gestellt werden, l. 11 § 7 D. de leg. III, l. 46 § 3 D. de fideicommissariis libert. 40, 5.

8) Ulpian. fragm. XXII § 4; § 25, § 27 J. de leg. 2, 20 und die restituirte l. un. C. de in certis personis 6, 48.

9) Vgl. oben Bd. 1. § 63 a. E.

§ 77. Die Willenserklärung.

1. Bezüglich der Willenserklärung besteht ein tiefgreifender Unterschied zwischen dem klassischen und dem justinianischen Rechte.

In der alten Zeit knüpfte sich die Honorirung im Testamente an bestimmte Formeln. Insbesondere mußte die Erbeseinsetzung mit den Worten „heres esto“ oder „heredem esse jubeo“ geschehen,[1] nicht minder waren die Legate an ihre specifischen Formeln, z. B. „do lego“ oder „damnas esto dare“ gebunden.[2]

Die Vorzüge dieses Systems lagen darin, daß die Wahl der Formel unmittelbar volle Klarheit darüber verbreitete, welche Rechtsstellung der Honorirte erhalten sollte. Aber freilich setzte es voraus, daß die besondere Bedeutung der einzelnen Formeln in dem nationalen Bewußtsein lebte. Seit dies nicht mehr der Fall war, mußte es hart erscheinen, daß der Wille des Erblassers wegen des Vergreifens in unverstandenen Formeln hinfällig werde. Jetzt verordnete daher Konstantin II., daß *jede Erklärung zur Erbeseinsetzung genüge, wenn der Wille des Erblassers zu derselben erhelle*,[3] und gab ähnliche Bestimmungen für die Vermächtnisse.

Daraus mußten sich einschneidende Umgestaltungen des früheren Rechtes nothwendig ergeben.[4]

Unter anderem war alter Rechtssatz, daß man *aus dem Inhalt einer Bedingung eine Erbeseinsetzung nicht* entnehmen könne, „positus in condicione non est positus in dispositione“. War z. B. geschrieben: „Wenn mein Bruder nicht mein Erbe sein will, sollen meine Neffen meine Erben sein“, so galt der Bruder nicht als er-

1) Gajus Inst. II § 117: Sollemnis autem institutio haec est: Titius heres esto: sed et illa jam comprobata videtur: Titium heredem esse jubeo: at illa non est comprobata: Titium heredem esse volo: sed et illae a plerisque inprobatae sunt: Titium heredem instituo, item: heredem facio.

2) Oben Bd. 3 § 64.

3) l. 15 C. de testamentis 6, 23. Constantinus ad populum: Quoniam indignum est ob inanem observationem irritas fieri tabulas et judicia mortuorum, placuit ademptis his, quorum imaginarius usus est institutioni heredis verborum non esse necessariam observantiam utrum imperativis et directis verbis fiat an inflexa. Nec enim interest, si dicatur „heredem facio“ vel „instituo“ vel „volo“ vel „mando“ vel „cupio“ vel „esto“ vel „erit“ sed quibuslibet confecta sententiis, quolibet loquendi genere formata institutio valeat, si modo per eam liquebit voluntatis intentio, nec necessaria sint momenta verborum, quae forte seminecis et balbutiens lingua profudit. a. 339. Die Verordnung gehört den Söhnen Konstantins M. an, nach J. Gothofredus dem Konstantius, vgl. Krüger zu dieser Stelle.

4) l. 21 C. de legatis 6, 37, ursprünglich ein Bestandtheil der in l. 15 C. de testamentis — oben Anm. 3 — benutzten Verordnung Konstantins.

nannt.[5] Das ist veraltet, denn jede, auch die indirekt ausgesprochene Erbeseinsetzung genügt.[6]

2. Bezüglich der Bezeichnung der Person des Honorirten und des ihm zugewandten waltete schon seit der klassischen Zeit Freiheit, so daß insbesondere der Honorirte nicht mit Namen genannt sein muß, vielmehr beliebig bezeichnet sein kann.[7]

3. Falsche Bezeichnungen — falsa demonstratio — schaden nichts,[8] wenn nur die Identität nicht zweifelhaft ist.[9]

Ist die Identität des Honorirten nicht mit Sicherheit zu ermitteln, so ist die Verfügung wirkungslos. So namentlich, wenn mehrere gleichen Namen führen und ungewiß bleibt, wer gemeint war. Denn es kann dann keiner darthun, daß er der Honorirte sei.[10]

4. Unkräftig ist die Honorirung, wenn sie im Sinne des Testators noch nicht vollendet ist.[11]

---

5) l. 19 D. de her. inst. 28, 5, l. 16 § 1 in fine D. de vulgari et pup. sust. 28, 6, vgl. freilich l. 86 D. de her. inst. 28, 5. Für Fideikommisse galt der Satz nicht, vgl. R.G. Bd. 2 S. 113.

6) Viele neuere wollen diese Folge der Verordnung Konstantins nicht anerkennen. Vgl. aber Bangerow Bd. 2 § 449 Anm. 1, Windscheid Bd. 3 § 546 Anm. 11. Unverständig wäre es natürlich, umgekehrt den Satz als allgemeinen auszusprechen „positus in condicione est positus in dispositione". Es fragt sich eben, was der Erblasser in concreto gewollt hat.

7) l. 9 § 8 D. de her. inst. 28, 5 Bloße Bezeichnung durch ein Schimpfwort genügt nicht, z. B. der Spitzbube von meinem Neffen. Es wäre wenig anständig für einen der Neffen, das Prädikat für sich in Anspruch zu nehmen, noch schlimmer, wenn eine Konkurrenz mehrerer um dasselbe einträte.

8) „falsa demonstratio non nocet" § 30 J. de legatis 2, 20, l. 49 § 3 D. de her. inst. 28, 5, l. 33 pr. l. 72 § 8 D. de cond. et dem. 35, 1.

9) l. 4 C. de testamentis 6, 23, l. 7 § 1 C. de legatis 6, 37, § 29 J. de legatis 2, 20. Nach l. 7 § 2 D. de suppellect. leg. 33, 10, l. 4 pr. D. de legatis I war freilich erforbert, daß bei Vermächtnissen das nomen appellativum der vermachten Sache korrekt gebraucht werde. Aber auch dies kann der l. 21 C. de legatis 6, 37 gegenüber keine Geltung mehr beanspruchen. Wenn also z. B. der Erblasser gewohnt war, seinen Weinvorrath „seine Bibliothek" zu nennen, und er vermacht „seine Bibliothek" einem Zechbruder, während er Bücher überhaupt nicht besitzt, so ist das Vermächtniß des Weinvorraths nach heutigem Rechte gültig. Vgl. übrigens Leonhard, Irrthum S. 330, Eisele in Iherings Jahrb. Bd. 23 S. 18, namentlich S. 38.

10) l. 10 pr. l. 28 D. de rebus dubiis 34, 5.

11) Das Testament ist noch nicht zu Stande gekommen, weil es noch unvollständig war — l. 29 pr. D. de hered. inst. 28, 5 — wenn der Erblasser nach einer Erbeseinsetzung noch Erben ernennen wollte, ja wenn er vor der beabsichtigten Ernennung von Substituten verstummte, l. 25 D. de hered. inst. 28, 5. Dagegen ist das bloße Unterlassen der beabsichtigten Zufügung von Vermächtnissen in der Regel nicht geeignet, die Geltung der Erbeseinsetzungen in Frage zu stellen. Bangerow Bd. 2 § 433. Wollte der Erblasser erweislich der Erbeseinsetzung unmittelbar noch eine Bedingung zufügen und wurde der Testirakt unterbrochen, so ist die Einsetzung nichtig, denn die unbedingte Einsetzung war nicht gewollt, die gewollte bedingte ist nicht erklärt. Hat aber der Erblasser den Erben „unter später

Der Testator kann in seinem schriftlichen Testamente auf eine andere Urkunde verweisen, in welcher der Erbe oder anderweitige Honorirte oder das ihm zugewendete bezeichnet werden soll — testamentum mysticum —.[12] Damit giebt sich der Erblasser die Ermächtigung, seinen letzten Willen formlos zu erklären. Dieser Satz bildete sich in in einer Zeit aus, in welcher man die Form nur als lästige Schranke, nicht aber zugleich als wohlthätige Garantie ansah. Er ist ungesund und zweckwidrig, aber positiven Rechtens. Mündliche mystische Testamente sind dagegen nicht zuzulassen.[13]

§ 78. Die Interpretation der Testamente.

Die Ausbildung des römischen Testamentsrechtes geschah durch das Ineinandergreifen der Methoden typischer und individueller Interpretation.

Die ältere, die typische Interpretation schloß sich an die herkömmlichen stereotypen Ausdrücke der Testamente an und prägte ihnen eine ein für allemal anerkannte Bedeutung auf. Damit bildete sie zum großen Theile das objektive römische Testamentsrecht.

Die individuelle Interpretation fand Anerkennung seit Ende der Republik.[1] In der Kaiserzeit tritt sie in die erste Linie.

---

zuzufügenden Bedingungen" ernannt und solche Bedingungen später nicht zugefügt, so gelten sie als erlassen nach l. 8 C. de instit. 6, 25. Vangerow Bd. 2 § 433 Anm. I 4 S. 100.

12) l. 78 D. de her. inst. 28, 5. Papinianus libro 17 quaestionum. Asse toto non distributo ita scriptum est: „quem heredem codicillis fecero heres esto" Titium codicillis heredem instituit. ejus quidem institutio valet ideo, quod licet codicillis dari hereditas non possit, tamen haec ex testamento data esse videtur, vgl. l. 12 D. de bon. poss. sec. tab. 37, 11, l. 10 D. de cond. inst. 28, 7; siehe ferner l. 38 D. de cond. et dem. 35, 1. Nicht unbestritten ist, ob der Nachzettel der Kodicillarform bedürfe, doch ist die herrschende Ansicht dagegen. Fein bei Glück Bd. 45 S. 117. Ueberhaupt Dertmann das testamentum mysticum, Berliner Inauguraldissertation 1887.

13) Gegen die Zulassung mystischer Erbeseinsetzungen bei mündlichen Testamenten vgl. l. 21 pr. D. qui test. facere 28, 1, l. 26 C. de testamentis 6, 23. Früher war die Theorie entschieden gegen die Zulässigkeit. So meinte Glück Bd. 35 S. 13: „Ein mündliches mystisches Testament ist ein Unding." Die neueren jedoch sind überwiegend für die Geltung; so Windscheid Bd. 3 § 546 Anm. 10, Arndts § 493 Anm. 2. Sie gehen dabei mit Unrecht davon aus, daß die mystischen Erbeinsetzungen etwas selbstverständliches seien, so daß man die Unzulässigkeit bei mündlichen Testamenten dem gegenüber positiv begründen müsse.

1) In der berühmten causa Curiana — vgl. über sie unten § 89 Anm. 15 — traten die verschiedenen Interpretationsmethoden in einen Gegensatz, welcher mit Recht in Rom das größte Aufsehen erregte. Der hochangesehene Jurist Publius Mucius Scävola vertheidigte in diesem großen Prozesse das alte Testamentsrecht und die Formularjurisprudenz, der berühmte Redner Crassus das neue, den kon-

Sie ſucht den Willen des Erblaſſers im gegebenen Fall möglichſt zu erkennen und zu verwirklichen.[2] Daher iſt ſeine individuelle Sprachweiſe zu beachten, wie ſie ſich ſonſt dokumentirt oder aus dem Sprachgebrauch ſeines Standes und ſeiner Heimath ſich ergiebt,[3] der Zuſammenhang ſeiner Verfügungen iſt in das Auge zu faſſen, ſeinen Zwecken Berückſichtigung zu ſchenken. Frühere und ſpätere Erklärungen des Erblaſſers können maßgebende Bedeutung gewinnen.[4]

Bei alledem ſind aber die herkömmlichen typiſchen Interpretationen von Bedeutung geblieben, denn ſie kommen überall zur Anwendung, wo der konkrete Wille des Erblaſſers nicht feſtſtellbar iſt. Ja unter Umſtänden wurde derſelbe gegenüber der einmal feſtſtehenden Auslegung nicht berückſichtigt.[5]

Andererſeits wiederum ſchwächte ſich ſchon in der ſpäteren klaſſiſchen Zeit die Empfindung für die prägnante Bedeutung mancher Redewendungen ab, auf die man früher Gewicht gelegt hatte, und die alte Sorgfalt bei der Abfaſſung der Teſtamente beſtand in weiten Kreiſen nicht mehr.[6] Daher mußte ſchon die ſpätklaſſiſche Jurisprudenz manche ſubtile Unterſcheidungen fallen laſſen, welche ſich früher an die Wahl beſtimmter Ausdrücke geknüpft hatten,[7] und es änderten ſich hiernach

---

kreten Willen betonende Recht. Cicero, Brutus cap. 52 § 195 .. quid ille — Scävola — non dixit de testamentorum jure? de antiquis formulis? quam captiosum esset populo, quod scriptum esset negligi et opinione quaeri voluntates et interpretatione disertorum scripta simplicium hominum pervertere? dagegen Craſſus — § 198 — Aequum bonum, testamentorum sententias voluntatesque tutatus est; quanta esset in verbis captio quum in ceteris rebus tum in testamentis si negligerentur voluntates.

2) l. 24 D. de rebus dubiis 34, 5. Marcellus libro 11 Digestorum. Cum in testamento ambigue aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretari et secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum est.

3) l. 50 § 3 D. de legatis I. Ulpianus libro 23 ad Sabinum: Si numerus nummorum legatus sit, neque apparet, quales sunt legati, ante omnia ipsius patris familias consuetudo deinde regionis, in qua versatus est, exquirenda est: sed et mens patris familiae et legatarii dignitas vel caritas et necessitudo, item earum quae praecedunt vel quae sequuntur summarum scripta sunt spectanda.

4) l. 21 § 1 D. qui test. facere possunt 28, 1.

5) l. 19 D. de usu legato 33, 2. Modestinus libro singulari de heurematicis: Si alii fundum alii usum fructum ejusdem fundi testator legaverit: si eo proposito fecit, ut alter nudam proprietatem haberet, errore labitur. nam detracto usu fructu proprietatem eum legare oportet eo modo. „Titio fundum detracto usu fructu lego: Sejo ejusdem fundi usum fructum heres dato“, quod nisi fecerit, usus fructus inter eos communicabitur, quod interdum plus valet scriptura, quam peractum sit. Vgl. unten § 111 Anm. 2.

6) Vgl. l. 88 § 17 D. de leg. II, abgedruckt unten § 95 Anm. 7.

7) Hieraus erklären wir unter anderem den Gegenſatz, in welchen Paulus in der l. 17 D. de duobus reis 45, 2 zu Neratius in der l. 124 und Pomponius in der l. 54 § 3 D. de leg. I tritt, ſiehe unten § 103 Anm. 14.

nicht wenige Rechtsſätze.[8]

Bei der Reception des römiſchen Teſtamentsrechtes in Deutſchland wurden zahlreiche in Rom gebräuchliche Wendungen und techniſche Ausdrücke nicht übernommen. Der deutſche Erblaſſer giebt ſeinem Willen einen unmittelbaren und individuellen Ausdruck. Nach beſonderer Prägnanz im Ausdrucke ſtreben nur wenige.

Bei der Auslegung iſt daher noch in höherem Maße auf den konkreten Willen des Erblaſſers Gewicht zu legen, als dies in Rom geſchah.[9]

Der Satz gilt als gemeinrechtlich, daß man die letztwilligen Honorirungen, insbeſondere Erbeseinſetzungen in einer günſtigen und liberalen Weiſe auslegt.[10]

Mit Recht lehrt man ferner, daß letztwillige Verfügungen im Anſchluß an das Inteſtaterbrecht auszulegen ſind. Dies war allerdings den Römern fremd. Aber im deutſchen Leben gilt die Inteſtaterbfolge als das ordnungsmäßige. Von ihr gehen daher die Erblaſſer aus und nur Abänderungen pflegen ſie beſtimmt hervorzuheben.

Insbeſondere gelten, wenn der Erblaſſer „ſeine Verwandten" zu Erben einſetzte, diejenigen als berufen, welche nach Inteſtaterbrecht ſuccedirt hätten. In gleichem Sinne iſt dann, wenn der Erblaſſer ſeine nächſten Verwandten einſetzt, im Zweifel die Nähe nicht nach dem Grade, ſondern nach der vorzüglichſten Inteſtaterbberechtigung zu bemeſſen.[11] [12]

---

8) Beiſpielsweiſe hatte nach früherem klaſſiſchen Rechte der Subſtitut, welcher an die Stelle des Inſtituten trat, die dieſem „nominatim" aufgelegten Vermächtniſſe nicht zu entrichten. Denn man nahm an, daß der Teſtator ſie ihm durch die Formel „quisquis mihi heres erit" oder in ähnlicher Weiſe aufgelegt hätte, wenn er ſie hätte tragen ſollen. Als aber die in der altrömiſchen Zeit gewöhnliche ſorgfältige Abfaſſung der Teſtamente und Abwägung der Worte in ſehr vielen Fällen nicht mehr ſtattfand, ſah ſich Sever veranlaßt, als Regel auszuſprechen, daß die dem Inſtituten „nominatim" aufgelegten Vermächtniſſe in der Regel als im Sinne des Teſtators auch dem Subſtituten obliegend anzuſehen ſeien. Siehe unten § 88 Anm 4.

9) Die in Anm. 5 citirte Entſcheidung kann in Deutſchland nicht zur Anwendung kommen. Vgl. Ihering, Jahrb. f. Dogm. 1 S. 33.

10) l. 19 D. de liberis 28, 2. Paulus libro 1 ad Sabinum . . aliamque causam esse institutionis, quae benigne acciperetur: exheredationes autem non essent adjuvandae, l. 5 D. quemadmodum test. aperientur 29, 3. Paulus libro 8 ad Plautium . . publice enim expedit suprema hominum judicia exitum habere. Vgl. Hofmann, krit. Studien IV.

11) Vgl. die bei Gruchot, Erbrecht Bd. 2 S. 178 ff. citirten. Hat freilich der Erblaſſer „ſeine Geſchwiſter" zu Erben ernannt, ſo ſind die Kinder vorverſtorbener Geſchwiſter nicht berufen, trotzdem ſie neben den Geſchwiſtern ab intestato erben würden.

12) Hinſichtlich zahlreicher Auslegungsregeln der Quellen hat man zu fragen, ob ſie auch im Sinne heutiger Erblaſſer liegen. Das iſt z. B. bezüglich der römi-

II. Fehlerhafte Verfügungen.

§ 79. Wesentlicher Irrthum.

Ist etwas anderes *erklärt* als *gewollt*, so besteht *kein* letzter Wille; denn das Erklärte ist nicht gewollt und das Gewollte nicht erklärt; z. B. der Schreiber des Testamentes, dem dasselbe diktirt wird, schreibt aus Mißverständniß oder Arglist einen anderen Erben, als ihm der Testator diktirte, und dieser solennisirt das Testament, ohne den Fehler bemerkt zu haben.[1] Bloßer Irrthum im Namen des ernannten Erben ist dagegen unschädlich.[2]

Entspringt die letztwillige Verfügung aus irrthümlichen *Beweggründen*, so ist sie an sich gültig, denn sie ist gewollt.

Das ältere Recht erachtete sie für unanfechtbar, selbst wenn der irrige Beweggrund ausdrücklich angeführt war. Es hieß: „falsa causa non nocet".

Aber das verfeinerte Recht hielt es für unstatthaft, einer letztwilligen Anordnung Folge zu geben, welche der Erblasser offenbar, wenn er sich noch aussprechen könnte, verwerfen würde. Man erklärte sie daher für anfechtbar.

a) Dies machte sich leicht bei Vermächtnissen. Dem Legatar trat eine exceptio doli entgegen.[3]

---

schen substitutio tacita pupillaris entschieden nicht der Fall, worüber unten § 89 das nähere. Auch mit dem Geiste der deutschen Sprache müssen die Regeln vereinbar sein. Wenn z. B. Justinian in der l. 4 C. de verb. sign. 6, 38 erklärt, im Falle der Honorirung „ille vel ille heres mihi esto" oder „illi aut illi do lego" solle „aut" als „et" aufgefaßt werden, so ist dies derart der deutschen Sprache zuwider, daß es nicht zur Anwendung gebracht werden kann. Vielmehr muß bei Erbeseinsetzungen Prävention der Annahmeerklärung entscheiden, wenn nicht das Wort „oder" im Sinne einer Korrektur, also von „oder vielmehr" der Sachlage nach aufzufassen ist. Bezüglich der Vermächtnisse siehe unten § 103 Anm. 5. Vgl. übrigens Bernstein in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 4 S. 177, Seuffert, Archiv Bd. 17 n. 150.

1) l. 9 pr. D. de her. inst. 28, 5. Ulpianus libro 5 ad Sabinum: Quotiens volens alium heredem scribere alium scripserit in corpore hominis errans . . placet neque eum heredem esse, qui scriptus est quoniam voluntate deficitur neque eum, quem voluit, quia scriptus non est, l. 9 §§ 1—7 D. eod. Vgl. überhaupt oben Bd. 1 §§ 101 und 102.

2) Mit Unrecht hält Eisele in Iherings Jahrbuch Bd. 23 S. 18 beide Fälle für identisch.

3) l. 72 § 6 D. de cond. et dem. 35, 1. Papinianus libro 18 quaestionum: Falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret: sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturus non fuisse. Vgl. über den Satz: „Falsa causa non nocet" Keller, Instit. S. 387.

b) Schwierig aber war die Behandlung bei Erbeseinsetzungen. Sie waren zweifellos an sich trotz des irrthümlichen Motivs gültig. Ein älteres Testament war daher rumpirt, die Intestaterbschaft ausgeschlossen. Es fehlte also an einer zur Anfechtung legitimirten Person. Man half sich mit der Indignitätslehre. Der Fiskus in der Regel entzog dem in Folge Irrthums Eingesetzten das Zugedachte als unwürdig.[4] Hatte aber der Erblasser im irrigen Glauben, daß die von ihm ernannten Testamentserben verstorben seien, neu testirt, so überwies man die Erbschaft den Erben des früheren Testamentes.[5] Nach jetzigem Indignitätsrechte treten die Intestaterben an die Stelle des Fiskus in Fällen, in denen kein älteres Testament existirt.[6]

Der Grundsatz falsa causa non nocet hat nur noch die Bedeutung, daß eine vom Erblasser absichtlich zugefügte falsche Motivirung nicht schadet. Solche Zufügungen können geschehen, um andere zu beschwichtigen, die nichts oder weniger erhalten, oder den Zweck besonderer Höflichkeit haben, man vermacht z. B. unter dem Zusatze, daß man das vermachte schulde, oder sie können auch bloß aus Geschwätzigkeit und Lügenhaftigkeit hervorgehen.

§ 80. Unlautere Behinderung. Zwang.[1]

Wenn die Frage des Testirens an den Erblasser herantritt, ist er oft hülflos und gebrechlich und von seiner Umgebung abhängig.

4) l. 46 pr. D. de jure fisci 49, 14. Hermogenianus libro 6 juris epitomarum: Aufertur ei quasi indigno successio, qui cum heres institutus esset, ut filius post mortem ejus, qui pater dicebatur, suppositus declaratus est, l. 4 C. de heredibus inst. 6, 24 Imp. Gordianus. Si pater tuus eum quasi filium heredem instituit quem falsa opinione ductus suum esse credebat, non instituturus, si alienum nosset... auferendam ei successionem divi Severi et Antonini placitis continetur.

5) l. 93 D. de her. inst. 28, 5. Paulus imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum ex libris sex 1, seu decretorum libro 2. Pactumeius Androsthenes Pactumeiam Magnam filiam Pactumeii Magni ex asse heredem instituerat eique patrem ejus substituerat. Pactumeio Magno occiso et rumore perlato quasi filia quoque ejus mortua, mutavit testamentum, Noviumque Rufum heredem instituit hac praefatione: quia heredes, quos volui habere mihi contingere non potui, Novius Rufus heres esto. Pactumeia Magna supplicavit imperatores nostros et cognitione suscepta, licet modus institutioni contineretur, quia falsus non solet obesse, tamen ex voluntate testantis putavit imperator ei subveniendum: igitur pronuntiavit hereditatem ad Magnam pertinere, sed legata ex posteriore testamento eam praestare debere proinde atque si in posterioribus tabulis ipsa fuisse heres scripta. Das zweite Testament wird also nicht als ungültig erachtet. Vielmehr wird nur die Erbschaft dem Novius Rufus entzogen, so daß statt des Fiskus die Pactumeia Magna eintritt.

6) Vgl. oben Bd. 3 § 60 Anm. 18. Die Ansichten anderer siehe bei Savigny, System S. 377, Vangerow Bd. 2 § 431 Anm. 2, Leonhard, Irrthum S. 258.

1) Tit. Dig. si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit 29, 6, Cod. 6, 34. Vgl. oben Bd. 1 § 103.

Das Recht hat ihn gegen mißbräuchliche Ausbeutung dieser Lage zu schützen. Diese Aufgabe ist aber nichts leichtes.

Bloßes Zureden, wenn auch dringlicher und lästiger Art, insbesondere seitens des Ehegatten mag nicht anständig sein, rechtlich läßt sich nichts dagegen thun.[2] Nur gegen rechtswidrige Mittel reagirt das Recht, mögen sie Behinderung des Erblassers an beabsichtigten Verfügungen oder Zwang zu solchen bezwecken.

1. Widerrechtliche *Behinderung* am Testiren ist in sehr verschiedener Weise möglich, insbesondere durch Zwang gegen seine Person, indem man ihn z. B. abschließt, oder durch Drohungen einschüchtert, oder durch Betrug, indem man ihm den Tod der von ihm gewünschten Erben vorspiegelt, endlich durch Verstandesberaubung oder Tödtung. Auch durch Machinationen gegen andere, z. B. gegen die an das Testamentsgericht abgesendeten Boten, kann man das Testament hindern.[3]

So mißbilligenswerth derartige Dinge sind, so haben sie ihr Ziel trotz alledem erreicht; die Intention des Erblassers ist nicht verwirklicht, ein Testament nicht zu Stande gekommen, der vom Erblasser Gewünschte ist also nicht Erbe.

Ist freilich der Erbe an den Machinationen betheiligt gewesen, so verliert er als unwürdig seine Erbansprüche.[4]

Wer ferner das Testament widerrechtlich hinderte, ist dem, welchen der Erblasser honoriren wollte, in Folge der actio doli zum Ersatze seines wahrscheinlichen Schadens verbunden.

2. Wurde eine *Verfügung* auf den Todesfall *erzwungen*, so ist sie nach allgemeinen Grundsätzen an sich gültig. Denn sie ist gewollt.

Doch dem erzwungenen Vermächtnisse steht die exceptio quod metus causa entgegen.

Dem Erben ferner, dessen Einsetzung in Folge Zwanges geschah,

---

2) l. 3 D. h. t. 29, 6. Papinianus libro 15 responsorum: Virum, qui non per vim nec dolum, quo minus uxor, contra eum mutata voluntate, codicillos faceret, intercesserat, sed, ut fieri adsolet, offensam aegrae mulieris maritali sermone placaverat, in crimen non incidisse respondi, nec ei quod testamento fuerat datum auferendum, l. 3 C. h. t. 6, 34. Aeltere Schriftsteller stritten über die Tragweite dieses Ausspruches. Auch Schelten und Schläge sollten nach einigen maritalis sermo sein, vgl. die bei Glück Bd. 33 S. 43 citirten. Mit Recht nennt Vangerow Bd. 2 § 431 Anm. 1 den Streit „sehr wunderbar". Ueber Zudringlichkeit des Arztes vgl. Archiv für prakt. Rechtsw. n. F. Bd. 1 S. 345.

3) l. 1 pr. D. h. t. 29, 6.

4) l. 1 § 2, l. 2 D. h. t. 29, 6, l. 19 D. de his, quae ut indignis 34, 9.

wird die Erbschaft wegen Indignität entrissen. Heutzutage rückt in Folge dessen in der Regel der Intestaterbe ein.[5]

Genehmigung des Erblassers im Stande voller Freiheit beseitigt die Anfechtbarkeit der erzwungenen Verfügung.[6]

§ 81. Maßnahmen gegen Erbschleicherei.

Wo testamentarische Verfügungen die gesellschaftliche Regel sind, da stellt sich auch die Erbschleicherei in feineren und gröberen Formen unfehlbar ein. Die Gesetzgebung vermag auch dagegen nur wenig. Einige besonders gehässige Arten sind jedoch verpönt.

1. Der Schreiber der Testamentsurkunde kann seine Stellung leicht mißbrauchen, um dem halb widerwilligen Testator Zuwendungen abzuringen. Daher drohte in Folge des S. C. Libonianum[1] dem Schreiber eines Testamentes oder Kodicilles, sofern er nicht einziger Intestaterbe des Erblassers war, die Strafe der Fälschung, wenn

---

5) Wie eine erzwungene Erbeseinsetzung zu behandeln sei, ist sehr bestritten. a) Viele halten sie für nichtig, so neuerdings Arndts § 491 Anm. 2. Das steht aber in Widerspruch mit den allgemeinen Grundsätzen des römischen Rechtes über Zwang, von welchen bezüglich der Testamente keine Ausnahme bezeugt ist. Denn daß ein Testament nichtig ist, wenn einer der Zeugen mit Gewalt zurückgehalten war — l. 20 § 10 D. qui test. facere possunt 28. 1 —, ist etwas anderes; dann fehlt es an der nöthigen Form. Auch handelt es sich dabei um absoluten Zwang, nicht um einen bloß kompulsiven, von dem hier allein die Rede ist. Zudem wäre eine derartige Nichtigkeit auch praktisch bedenklich. b) Schloßmann, L. v. Zwang S. 48 betrachtet umgekehrt das erzwungene Testament als „schlechthin gültig". Es genüge, daß es der Erblasser widerrufen könne und daß jede Abhaltung vom Widerruf verpönt sei. Auf dem Sterbebette wäre also der Erblasser vogelfrei, wenn ihm nicht mehr möglich wäre, das erzwungene zu ändern. c) Vangerow will die actio und exceptio quod metus causa anwenden, nimmt also Anfechtbarkeit an, ähnlich auch Windscheid Bd. 3 § 548 Anm. 2. Aber die Anfechtung mit diesen Rechtsmitteln hat nur der Gezwungene und sein Erbe. Das ist hier der Zwingende. Die Intestaterben sind nicht legitimirt, solange ein Testament da ist, welches erst angefochten werden soll. d) In der Konsequenz des römischen Rechtes liegt einzig die Indignität des Zwingenden. Hiermit stimmt auch l. 1 C. h. t. 6, 34. Alexander: Civili disceptationi crimen adjungitur, si testator non sua sponte testamentum fecit, sed compulsus ab eo, qui heres est institutus vel quoslibet alios, quos noluerit, scripserit. Indignitätsverfahren und Strafverfahren, die beide zur einseitigen magistratischen Kognition gehörten, waren oft verbunden. Man vgl. die oben Anm. 2 abgedruckte l. 3 D. h. t. 29, 6. Die Härte, welche in Rom dadurch entstand, daß nicht die gesetzlichen oder testamentarischen Erben, welche durch das erzwungene Testament lädirt wurden, den Nachlaß erhielten, daß ihn vielmehr der Fiskus wegnahm, ist dem heutigen Recht nach Umbildung der Indignitätslehre fremd. Vgl. oben § 60.

6) Windscheid Bd. 3 § 548 Anm. 5 bemerkt, wer absolute Nichtigkeit annimmt, muß „ein neues Testament verlangen".

1) Tit. Dig. de lege Cornelia de falsis et de senatus consulto Liboniano 48, 10. Cod. de his, qui sibi adscribunt in testamento 9, 23. Keller, Institutionen S. 361.

er sich oder den mit ihm durch eine Gewalt Verbundenen eine Zuwendung zuschrieb, und die Jurisprudenz behandelte sie als *ungültig*, wie nicht geschrieben.[2] Specielle eigenhändige Bestätigung des Erblassers macht sie jedoch straffrei und gültig.

Die Strafbestimmung ist antiquirt, die Ungültigkeit aber ist praktischen Rechtens. Sie betrifft auch Richter und Gerichtsschreiber bei der Niederschrift mündlicher gerichtlicher Testamente.

2. Für nichtig wurden durch Senatuskonsulte ferner *kaptatorische* Zuwendungen erklärt, d. h. die an die Bedingung geknüpften, daß der Honorirte seinerseits den Testator oder einen anderen von ihm bezeichneten honoriren werde.[3]

Der Testator spekulirt hier auf das Versterben des von ihm Honorirten vor ihm und hofft dessen Erbschaft an sich zu bringen, indem er ihm den Köder einer Zuwendung in seinem Testamente vorhält.

Die kaptirte Verfügung ist gültig.

III. Nebenbestimmungen bei letztwilligen Verfügungen.

§ 82. Allgemeines. Die aufschiebende Bedingung.

Erbeseinsetzungen lassen zahlreiche Nebenbestimmungen nicht zu. Insbesondere sind unzulässig und werden wie nicht zugefügt angesehen *zeitliche Beschränkungen*[1] und *auflösende Bedingungen*,[2] weil sie mit der Regel semel semper heres nicht verträglich sind. Man wird jedoch die Zufügung eines Endtermines oder einer Resolutivbedingung heutzutage der Absicht des Testators entsprechend regelrecht als Anordnung eines Universalfideikommisses aufzufassen haben.[3] *Suspensiv bedingte Erbeseinsetzungen sind gültig.*

2) l. 1 pr. D. de his, quae pro non scriptis 34, 8.

3) l. 71, l. 72 D. de heredibus inst. 28, 5.

1) l. 34 D. de hered. inst. 28, 5, § 9 J. de hered. inst. 2, 14. Heres et pure et sub condicione institui potest; ex certo tempore aut ad certum tempus non potest, veluti „post quinquennium quam moriar“ vel „ex Kalendis illis“ vel „usque ad Kalendas illas heres esto“. Diemque adjectum haberi pro supervacuo placet et perinde esse ac si pure heres institutus esset. Vgl. freilich l. 23 pr. D. de her. inst. 28, 5. Wenig befriedigend ist der Erklärungsversuch von Leist bei Glück, Bücher 37 u. 38 Bd. 4 S. 289.

2) arg. l. 89 D. de hered. inst. 28, 5, l. 15 § 4 D. de testamento mil. 29, 1. Mehrere vertheidigten die Ansicht, die Erbeseinsetzungen zugefügte Resolutivbedingung sei in die entgegengesetzte Suspensivbedingung zu verwandeln. Dies widerspricht aber der Absicht des Testators, welcher dem unter Resolutivbedingung eingesetzten Erben den Nachlaß sofort und unmittelbar zuwenden will, und entspricht auch nicht den Quellen. Vgl. Vangerow Bd. 2 § 434 Anm. 1 S. 105 und dort citirte.

3) So Windscheid Bd. 3 § 554 Anm. 19. Dem römischen Recht war diese Auffassung noch fremd.

Solange die aufschiebende Bedingung einer Erbeseinsetzung schwebt, ist niemand berufen. Die Berufung des bedingt eingesetzten nämlich erfolgt natürlich erst mit Eintritt der Bedingung, welche er erleben muß, damit er erwerben kann. Inzwischen sind auch die Intestaterben ausgeschlossen. Denn an sie ergeht erst dann eine Berufung, wenn es gewiß ist, daß niemand aus dem Testamente Erbe werden kann.[4]

Der Prätor gab inzwischen bedingt ernannten Testamentserben gegen Kaution provisorischen Erbschaftsbesitz.[5] Dies ist nicht mehr in Gebrauch. Vielmehr wird der ruhenden Erbschaft ein Kurator bestellt, namentlich auch auf Anstehen der Erbschaftsgläubiger, welche der Kurator zu befriedigen hat.[6]

Bei Vermächtnissen sind suspensive und resolutive Bedingungen, Anfangs- und Endtermine gültig.[7]

§ 83. Favorable Behandlung der Bedingungen letztwilliger Verfügungen.

Vielfach werden suspensiv-bedingte letztwillige Verfügungen wirksam, trotzdem daß es zur Erfüllung der Bedingung noch nicht kam oder überhaupt nicht kommen kann.

Ein Hauptgrund für diese auffallende Erscheinung liegt darin, daß durch das Setzen der Bedingung ein Druck zu einer Handlung oder Unterlassung ausgeübt werden soll. Dieser Druck führt aber, wenn man die Verfügung logisch und nach ihrem Wortlaute auslegt, oft weiter, als es in der Intention des Erblassers lag.

1. Wenn eine Handlung zur Bedingung gesetzt ist, deren Vollzug die Mitwirkung eines dabei interessirten Dritten fordert, z. B. die Verheirathung mit demselben, und wenn zwar der bedingt Honorirte zur Handlung bereit ist, aber der Dritte sich der Mitwirkung weigert, ist die Bedingung ihrem Wortlaute nach ausgefallen;

4) l. 3, l. 39, l. 69 D. de a. vel o. her. 29, 2, l. 60 § 6 D. de her. inst. 28, 5. Auch Substituten und Miterben sind ausgeschlossen, solange die Bedingung der Einsetzung des Instituten beziehungsweise des Miterben schwebt.

5) l. 23 pr. D. de her. inst. 28, 5, l. 12 D. qui satisdare cog. 2, 8.

6) Schon in Rom half man sich in solcher Weise je nach Bedürfniß, l. 23 § 3 D. de hered. inst. 28, 5. Im heutigen Rechte kommt die provisorische Mission des bedingten Erben nicht vor, vgl. Leist bei Glück bon. poss. Bd. 4 S. 293. Konkursmäßige Behandlung ist nach der K.O. § 302 nur im Falle der Ueberschuldung des Nachlasses möglich. Insoweit ist l. 23 § 2 D. de hered. inst. 28, 5 antiquirt.

7) Bis Justinian waren auch Vermächtnisse „ad tempus relicta" ungültig, l. 26 C. de legatis 6, 37. Vgl. Hofmann, krit. Studien S. 138.

dennoch gilt sie, wie bereits früher ausgeführt wurde, in der Regel als erfüllt, da man unterstellt, daß dies der Intention des Erblassers entsprechen würde, wenn er diesen Fall in das Auge gefaßt hätte.[1]

2. In Rom war die Bedingung häufig, wonach der Honorirte zu schwören hatte etwas zu thun oder zu unterlassen. Dabei handelte es sich oft um gesetzlich verbotenes, in welchem Falle man den Prätor um Remission des Schwures anging.

Später aber remittirte das prätorische Edikt die Bedingung des Eides ein für allemal, behielt aber vor, den Inhalt dessen, was beschworen werden sollte, wie einen Modus zu erzwingen, wenn es sich nicht um gesetzlich verbotenes oder unsittliches handelte.[2]

3. Zuwendungen unter negativen Potestativbedingungen, welchen der Honorirte, solange er lebt, zuwiderhandeln kann, sind nahezu vergebliche, da es sich erst mit dem Sterben des Honorirten entscheidet, daß die Bedingung erfüllt sei. Es gehört dahin die Bedingung, nicht wieder zu heirathen.

Auf Grund der Autorität von Q. Mucius Scävola nahm man an, daß solche Bedingungen dadurch erfüllt würden, daß der bedingt Honorirte eine Kaution stellte, wodurch er Herausgabe für den Fall der Zuwiderhandlung versprach. Das bezieht sich regelrecht nur auf Bedingungen, die sich erst mit dem Tode des Honorirten entscheiden können.[3]) Die Kaution ist denen zu

---

1) Oben Bd. 1 § 110.

2) Vgl. l. 8 D. de condit. instit. 28, 7. Dieses Edikt bestand zur Zeit der Verrinen noch nicht. Denn in dem in Verrem, II 1 cap. 47 § 123 und 124 besprochenen Falle mußten die Erben den Prätor noch speciell um Erlaß eines Eides angehen, welcher etwas gesetzlich verbotenes erzwingen sollte, während das Edikt die Bedingung eines jeden Eides ein für allemal erläßt. Aber auch Neratius scheint es noch nicht gekannt zu haben. l. 97 D. de cond. 35, 1. Jedenfalls war es zur Zeit Julians in Kraft. l. 12 § 2 D. de manumissis test. 40, 4.

3) Die cautio Muciana wurde für Legate unter negativen Bedingungen aufgestellt, welche „morte legatariorum finiuntur", l. 73 D. de cond. et dem. 35, 1. Sie griff daher nicht Platz, wenn dem Legatar unter der Bedingung vermacht war, etwas mit einem gewissen Dritten nicht vorzunehmen, z. B. denselben nicht zu heirathen. Denn eine solche Bedingung kann sich sehr wohl zur Zeit des Lebens des Legatars verwirklichen, nämlich durch den Tod jenes bestimmten Dritten. l. 106 D. de cond. 35, 1. Ausnahmsweise erwarb der Legatar aber auch in solchem Fall das Legat sofort gegen Leistung der Kaution, wenn es offenbar gegen die Meinung und die Zwecke des Testators wäre, daß der Legatar das Legat gerade beim Tode jener bestimmten Person erhalten solle. So in den Fällen der l. 72 pr. § 1 D. eod. Aus Gründen der Moral und der öffentlichen Sicherheit gab man ferner bei der Bedingung „si Stichum non manumisit" dem Legatar den Anspruch auf sofortige Auszahlung gegen Stellung der cautio, da sonst eine schwere Gefährdung des Lebens des Sklaven offenbar eingetreten wäre. l. 7 pr., l. 67 D. de cond. 35, 1. Ueber die verschiedenen Ansichten siehe Vangerow Bd. 2 § 435 S. 126. — Die cautio Muciana, ursprünglich für Legate eingeführt, wurde später auch bei Erbeseinsetzungen zugelassen. l. 7 pr. D. de cond. 35, 1.

stellen, welchen das bedingt zugewendete verblieben oder zugewendet wäre, wenn das Ausfallen der Bedingung von vornherein festgestanden hätte.[4]

4. Letztwillige Zuwendungen unter unmöglichen oder unsittlichen Bedingungen werden wie unbedingte behandelt. Die Bedingung gilt als nicht zugefügt.

Dies war die Ansicht der Sabinianer, welche in das justinianische Recht überging, während die Prokulianer die Zuwendung als nichtig ansahen.[5]

§ 84. Der Modus bei letztwilligen Verfügungen.

Der Erblasser kann Anordnungen über das treffen, was nach seinem Tode geschehen oder unterbleiben soll, ohne sie zu Bedingungen seiner Zuwendungen zu erheben. Sie haben einen sehr verschiedenen rechtlichen Charakter.

a) Sie können sich als bloße Wünsche und Rathschläge ohne rechtliche Verbindungskraft — nuda praecepta — darstellen, z. B. wenn der Erblasser seinem Kinde in seinem letzten Willen einen gewissen Beruf empfiehlt.[1]

b) Sie bilden Vermächtnisse, wenn sie pekuniäre Vortheile Dritter bezwecken, und begründen dann die Vermächtnißklage,[2] z. B. der Erb-

---

4) Nach klassischem römischen Rechte hatten die Intestaterben keinen Anspruch auf die cautio, wenn einem testamentarischen Erben ex asse eine negative Potestativbedingung aufgelegt war; es wurde vielmehr die Bedingung als unmöglich erklärt, weil niemand da war, dem kavirt werden konnte. l. 4 § 1 D. de cond. instit. 28, 7; vgl. freilich Arndts Schriften Bd. III S. 151. Die nov. 22 cap. 4 bestimmte aber bezüglich der Bedingung des Nichtwiederverheirathens, daß auch die Intestaterben kautionsberechtigt seien. Hierin ist nicht eine Singularität zu finden, sondern die Manifestation einer veränderten Rechtsanschauung, welche jetzt allgemein maßgebend sein muß, vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 395.

5) Gajus Inst. III § 98, § 10 J. de her. inst. 2, 14, l. 3, l. 6 D. de condit. et dem. 35, 1. Vgl. Hofmann, kritische Studien S. 14. Der Satz scheint aus sehr alter Zeit zu stammen. Hofmann a. a. O. nimmt an, daß ihn die Prokulianer nur für Legate, nicht Erbeseinsetzungen in Frage stellten. Wie er sich erkläre, darüber gehen die Ansichten sehr auseinander. Entweder kannte der Erblasser die Unmöglichkeit, dann ist die ganze Sache auf eine Verhöhnung des eingesetzten angelegt, und es wurde der Zusatz gestrichen, um diesem für die Injurie eine Satisfaktion zu geben, so Hofmann a. a. O., l. 14 D. de cond. inst. 28, 7. Oder der Erblasser kannte die Unmöglichkeit nicht. Dann ist es nicht unwahrscheinlich, daß er selbst, wenn er die Sachlage gekannt hätte, die Bedingung, namentlich wenn er durch sie nur einen Druck zu einer Handlung oder Unterlassung des Honorirten ausüben wollte, gestrichen hätte.

1) Vgl. l. 5 § 8 D. de adm. tut. 26, 7, l. 71 pr. D. de cond. 35, 1.

2) l. 2 C. de his quae sub modo 6, 45. Pfaff und Hofmann, Exkurse über das östr. b. Recht Bd. 2 S. 326.

lasser legt dem Erben auf, einem Miether, solange er lebt, die Miethwohnung im Hause des Erblassers nicht zu kündigen.

c) In anderen Fällen gestalten sie sich zum Modus, wenn sie nicht bedingend sind und doch den Honorirten rechtlich verbinden sollen.[3] Dahin sind zu rechnen Anordnungen, welche die Person und das Gedächtniß des Erblassers betreffen, z. B. Bestimmungen über seine Briefschaften oder Manuskripte, oder für Dritte, z. B. das Publikum, von Wichtigkeit sind, etwa Oeffentlichkeit seiner Gemäldegallerie anordnen. Aber auch Anordnungen im Interesse des Honorirten selbst sind keineswegs immer, wie manche behaupten, bloß unverbindliche Rathschläge. Oft nimmt der Erblasser an ihnen ein selbständiges Interesse und erhebt sie zu Befehlen.[4]

Für die Ausführung des Modus haben die Erben besorgt zu sein, welche gerade auch in dieser Hinsicht den Erblasser vertreten.

Ist der Modus einem Legatar aufgelegt, so haben sie das Legat nur gegen Sicherstellung für dessen Ausführung auszuzahlen, können auch auf dieselbe klagen. Miterben können gegeneinander auf Vollziehung bestehen, wenn der Modus allen oder einem der Erben aufgelegt ist, insbesondere dient die Theilungsklage zur Regulirung.[5] Ist der Modus freilich einem Alleinerben aufgelegt, so fehlte es im römischen Rechte an einer zur Betreibung legitimirten Person.

---

3) Letztwillige Anordnungen, die nicht bestimmte Zuwendungen enthielten, konnten ursprünglich in Rom nur in der Form der Bedingung festgemacht werden. Sonst hatten sie wohl Autorität, aber keine Verbindungskraft. Allein in der Kaiserzeit ging das Bestreben dahin, in den Fällen, in welchen der Erblasser nicht bloß rathen, sondern befehlen wollte, die Auflage auch rechtlich zu erzwingen, soweit dies mit Sittlichkeit und öffentlichen Interessen vereinbar war. l. 17 § 4 D. de cond. et dem. 35, 1. Dies spricht sich am entschiedensten in dem Schlußsatze der l. 7 D. de annuis legatis 33, 1 aus, wo im Anschlusse an die Verfügung des Erblassers, daß seine Kinder bei ihrer Mutter erzogen werden sollen, bemerkt wird: et in omnibus ubi auctoritas sola testatoris est neque omnimodo spernenda neque omnimodo observanda est. sed interventu judicis haec omnia debent, si non ad turpem causam feruntur ad effectum perduci. Nimmt man an, was sehr wahrscheinlich ist, daß die letzten Worte von den Kompilatoren herrühren, so ergiebt sich gerade hieraus um so bestimmter die Absicht der justinianischen Kompilation.

4) Dieser Punkt ist besonders streitig. Anordnungen im Interesse der Honorirten selbst werden mehrfach als Beispiele für nuda praecepta erwähnt, l. 71 pr. D. h. t. de cond. 35, 1, l. 114 § 14 D. de leg. I. Wo aber der Erblasser nicht bloß rathen, sondern befehlen wollte, weil er mit der im Interesse des Honorirten getroffenen Bestimmung zugleich ein eigenes ideales Interesse verfolgte, da greift nach l. 7 D. de annuis leg. — oben Anm. 3 — dennoch rechtlicher Zwang ein. Es ist dies unter anderem auch anzunehmen, wenn der Testator verfügt hat, daß die Nutzungen der Erbschaft zum Unterhalte des Erben verwendet und daß dieselbe dem Zugriffe der Gläubiger desselben entzogen sein soll. Seuffert, Archiv Bd. 30 n. 43, anders Bd. 32 n. 155. Vgl. freilich R.G. Bd. 16 S. 185, hierüber unten § 126.

5) l. 18 § 2 D. familiae erciscundae 10, 2.

Doch kann die Obrigkeit interveniren, wenn ein öffentliches Intereſſe konkurrirt.[6]

Heutzutage kann der Erblaſſer einen Teſtamentsexekutor beſtellen, welcher für die Vollziehung des Modus zu ſorgen hat.[7]

Viertes Kapitel.

Die Erbeseinſetzung.

I. Die Erbeseinſetzung im allgemeinen.

§ 85. Die Erforderniſſe der Erbeseinſetzung.

Teſtamentserbe iſt, wen der Erblaſſer zu ſeinem unmittelbaren Univerſalſucceſſor ernennt.[1]

1. Die techniſche Bedeutung der Bezeichnung als Erbe iſt dem Laien wenig geläufig. Der deutſche Sprachgebrauch wendet die Worte „vermachen" und „erben" faſt unterſchiedslos an. Bei der Auslegung der Teſtamente iſt folglich für die Frage, ob ein Honorirter Erbe iſt, weniger auf dieſe Ausdrücke, als auf den Sinn Gewicht zu legen, der aus der Verfügung im Ganzen ſpricht.[2]

2. Gültig eingeſetzt werden können nur Erbfähige; die Erbſchaft erwerben nur Erwerbfähige — capaces.

Gemeinrechtlich ſind alle Perſonen erbfähig.[3] Nur was nicht Perſon iſt noch werden kann, iſt nicht einſetzungsfähig, alſo z. B. Thiere oder verbotene Vereine.

Zahlreiche Klaſſen von Perſonen waren in Rom erwerbunfähig — incapaces. In der klaſſiſchen Kaiſerzeit war dies vielfach aus ſocialpolitiſchen und aus fiskaliſchen Gründen beſtimmt.

Insbeſondere waren nach der lex Papia Poppaea die caelibes und orbi, d. h. wer nicht, wie das Geſetz verlangte, verheirathet und im Beſitze von Kindern war, theils ganz, theils halb unfähig, aus Teſtamenten Fremder zu erwerben. Das ungültig hinterlaſſene —

6) l. 50 § 1 D. de her. pet. 5, 3.
7) Vgl. unten § 125.
1) Siehe oben § 66.
2) Windſcheid Bd. 3 § 546 Anm. 8 und dort citirte.
3) Oben Bd. 3 § 59.

das caducum — fiel in erſter Linie anderen im Teſtamente ernannten, welche Kinder hatten, und in zweiter Linie dem Fiskus anheim.[4]

Die politiſchen und fiskaliſchen Inkapacitätsgründe und die Lehre des caducum überhaupt[5][6] ſind im juſtinianiſchen Rechte beſeitigt.

Das geltende Recht kennt nur Fälle beſchränkter Kapacität aus familienrechtlichen Gründen:

a) Wer eine neue Ehe eingeht, während er aus einer früheren Deſcendenten hat — der parens binubus — darf dem neuen Ehegatten weder von Todeswegen noch durch Liberalitäten unter Lebenden mehr zuwenden als dem mindeſt bedachten — nicht undankbaren — Kinde, beziehungsweiſe Kindesſtamme früherer Ehe. Für die Bemeſſung iſt die Zeit des Todes des binubus maßgebend.

Das zuviel zugewendete wird unter die Kinder — beziehungsweiſe den Kindesſtamm — der früheren Ehe gleich vertheilt.[7]

b) Wer legitime Deſcendenz hinterläßt, kann ſeinen unehelichen Kindern und deren Mutter zuſammen nicht mehr von Todeswegen oder durch Liberalitäten unter Lebenden vermachen, als ein Zwölftel ſeines Nachlaſſes. Juſtinian beſtimmte dies für Fälle des Konkubinats,[8] die Praxis wendet es auf alle unehelichen Verhältniſſe überhaupt an.[9] Das zuviel vergebene fällt an die legitimen Erben des Erblaſſers.

§ 86. Ernennung von Miterben,[1]

Der Erblaſſer kann beliebig viele Erben ernennen, die ſich in den Nachlaß zu theilen haben.

In Rom legten Erblaſſer und Juriſten bei der Bemeſſung der Theile gewohnheitsmäßig die Uncialrechnung, demnach das Duodecimalſyſtem, zu Grunde. Der gemeinſame Nenner war alſo regelrecht das

---

4) G. Hartmann, Zeitſchrift für Rechtsgeſchichte Bd. 5 S. 219.

5) Ueber andere Kaducitätsfälle vgl. unten § 93.

6) l. un. C. de caducis tollendis 6, 51.

7) l. 6 C. de secundis nuptiis 5, 9, nov. 22 cap. 27 und 28. Die zuweilen vertheidigte Anſicht, daß das zu viel Hinterlaſſene unter die Deſcendenten und den überlebenden Ehegatten zu theilen ſei, iſt zwar rationell, entſpricht aber nicht den Quellen. Vangerow Bd. 1 § 227 Anm. 1 I. b.

8) Nov. 89 cap. 12. Der Konkubine allein konnte in dem Fall nur $^1/_{24}$ der Erbſchaft zugewendet werden.

9) So R.G. Bd. 8 S. 119. Dort findet ſich die Litteratur der Frage.

1) Tit. Inst. de heredibus inst. 2, 14 Dig. 28, 5.

Zwölftel — die uncia.[2] Bei den neueren besteht ein fester Gebrauch nicht, sie wählen beliebige Theile nach Ermessen und Willkür, namentlich auch aus dem Decimalsystem, z. B. ein Fünftel.

Der Erblasser kann den Miterben ausdrücklich Theile zuweisen — heredes cum partibus scripti; er kann auch von einer besonderen Zuweisung von Theilen absehen — heredes sine partibus scripti. Theile müssen aber auch solche Erben erhalten, sonst sind sie nicht Erben.

Fehlt es an einer ausdrücklichen Vertheilung oder ist sie inkorrekt, so muß die Jurisprudenz die Theile im vermuthlichen Sinne des Testators feststellen.

1. Erben sine partibus gelten in der Regel als zu gleichen Theilen ernannt.[3]

Die Absicht ungleicher Vertheilung kann aber durch Verbindung — conjunctio — erklärt sein.

Die Verbindung kann sein:

a) bloß sachliche — re tantum conjunctio —, wenn mehrere Erben auf dieselbe Portion, aber in verschiedenen Sätzen eingesetzt sind, z. B.: A. soll Erbe zur Hälfte sein, mit ihm seine Frau B., der C. soll dagegen die andere Hälfte haben.

b) sachliche und zugleich sprachliche — re et verbis conjunctio —, wenn nämlich mehrere Erben in demselben Satze auf dieselbe Portion eingesetzt sind, z. B. A. und B. sollen zusammen die eine Hälfte meines Nachlasses haben, und C. die andere, oder: meine Erben sollen sein 1. A. und B. und 2. der C.[4]

c) bloß sprachliche — verbis tantum conjunctio —, wenn mehrere Erben in einem Satze genannt sind, ohne daß doch die Verbindung als sachliche erscheint, z. B. A. und B. sollen meine Erben sein, ebenso auch der C.

---

2) l. 5 J. h. t. 2, 14. Hereditas plerumque dividitur in XII uncias, quae assis appellatione continentur: habent autem et hae partes propria nomina ab uncia usque ad assem ut puta haec: sextans, quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans, seunx, as.

3) § 6 J. h. t. 2, 14, l. 9 § 12 D. h. t. 28, 5. Selbst für den Fall gilt dies in der Regel, daß der Erblasser den Erben auf ihren Erbtheil einzelne Objekte verschiedenen Werthes oder verschiedener Theile an bestimmten einzelnen Objekten zugewiesen hat. Siehe unten § 87 Ziff. 2. l. 9 § 13, l. 10, l. 35 pr. § 1 und 2 D. h. t. 28, 5.

4) l. 142 D. de V. S. 50, 16. Paulus libro 6 ad legem Juliam et Papiam: Triplici modo conjunctio intellegitur: aut enim re per se conjunctio contingit aut re et verbis aut verbis tantum nec dubium est, quod conjuncti sunt, quos et nominum et rei complexus jungit veluti „Titius et Maevius ex parte dimidia heredes sunto“ vel ita Titius Maeviusque heredes sunto...

Sind mehrere Erben *auf dieselbe Portion* berufen, so gelten sie den übrigen Erben gegenüber wie *Eins* und erhalten bloß Theile dieser Portion.

Andererseits haben sie auch ein vorzugsweises Anwachsungsrecht, wenn einer der mit ihnen zusammengerufenen wegfällt.

Es macht keinen Unterschied, ob die Miterben bloß *sachlich*, oder ob sie *sachlich und sprachlich* zusammenberufen sind.

Dagegen liegt auf der Hand, daß die *bloß sprachliche Verbindung* nur eine Zufälligkeit ist, welche auf den Theilungsmodus keinen Einfluß haben kann.

Nur ist zu beachten, daß die Römer, welche weit raffinirter bei der Abfassung ihrer Testamente zu Werke gingen als die neueren und die ihre Sprache mehr als Kunstprodukt ausbildeten, auch in geringen Sprachnüancen Absicht fanden, daher leichter aus der sprachlichen Verbindung zugleich eine sachliche folgerten, als dies in Deutschland zulässig ist. [5]

Hat der Erblasser seine nächsten *Intestaterben* zu Erben eingesetzt, so wird die Regel gleicher Vertheilung gleichfalls regelmäßig nicht Platz greifen, sondern nach der Vermuthung der Absicht des Erblassers der *Maßstab der Intestaterbfolge*.

2. Ist eine Vertheilung durch den Erblasser zwar geschehen, aber inkorrekt, so sind verschiedene Fälle zu unterscheiden: [6]

a) Er hat allen Erben Theile zugeschrieben, diese *erschöpfen aber das Ganze des Nachlasses nicht*. Dann wachsen sie nach reinem römischen Rechte verhältnißmäßig, bis das Ganze vertheilt ist.

---

5) Die Römer fanden eine re et verbis conjunctio bereits in folgendem l. 60 § 2 D. h. t. 28, 5. Celsus libro 16 Digestorum. „Titius heres esto: Sejus et Maevius heredes sunto". verum est, quod Proculo placet duos semisses esse, quorum alter conjunctim duobus datur. Sollte eine bloße verbis conjunctio angenommen werden, so bedurfte es bei solcher Wortverbindung eines Zusatzes, welcher diese Absicht markirte, l. 13 pr. D. h. t. Ulpianus libro 17 ad Sabinum: Interdum haec adjectio „aeque heredes sunto" testatoris voluntatem exprimit ut puta „Primus et fratris mei filii aeque heredes sunto": nam haec adjectio declarat omnes ex virilibus partibus institutos, ut et Labeo scripsit, qua detracta semissem fratris filii semissem Primus haberet. Derartige Feinheiten sind dem Sprachgebrauche heutiger Erblasser fremd. Wurde im Testament also bestimmt: „ich berufe den A. und B. zu meinen Erben, ferner den C.", so ist hieraus derzeit eine *sachliche* Verbindung des A. und B. auf eine Portion *nicht* zu entnehmen. Ebensowenig wenn bestimmt würde, meine Brüder und X. sollen meine Erben sein. Nur für das römische, nicht aber für das heutige Recht ist der häufig — z. B. von Bangerow Bd. 2 § 449 S. 168 — gelehrte Satz richtig: Wenn einige Erben unter einem Kollektivnamen verbunden sind, so erhalten die so verbundenen nur *einen* Theil.

6) § 7 J. de her. inst. 2, 14, l. 13 § 2 und 3 D. de hered. inst. 28, 5, l. 3 C. de testamento militis 6, 21.

Nach heutigem Rechte kann dies nur dann gelten, wenn nicht ersichtlich der Rest den Intestaterben zugewendet werden sollte, die dann als stillschweigend ernannt anzusehen sind.

b) Uebersteigen die zugewiesenen Theile das Ganze, so tritt in der Regel verhältnißmäßige Reduktion aller Erbtheile ein.[7] Dies leidet dann eine Ausnahme, wenn offenbar die späteren Ernennungen die früheren in soweit aufheben sollen, als ihr Betrag reicht.[8]

c) Hat der Erblasser einigen seiner Erben ausdrücklich Theile zugewiesen, den anderen aber nicht, so erhalten die letzteren natürlich das nichtvertheilte.

Es ist aber denkbar, daß der Erblasser unter die heredes cum partibus bereits die „as" vertheilt hat, ja sie überschwerte, und doch noch weitere Erben ohne bestimmte Theile ernannte. Dann gilt, um den heredes sine partibus Raum zu schaffen, die Regel ex asse fit dupondium, es wird also die Erbschaft zu 24 Uncien gerechnet. Modern ausgedrückt heißt dies, die Theile der heredes cum partibus werden auf die Hälfte reducirt und die heredes sine partibus erhalten die hierdurch frei gewordenen Portionen.

Sollten aber gar die den Erben cum partibus zugewiesenen Theile bereits ein dupondium überschreiten, und doch noch Erben ohne bestimmte Theile ernannt sein, so wird ein tripondium zur Rechnungsgrundlage gemacht. Man rechnet demnach so, als ergäbe die Erbschaft 36 Uncien, mit anderen Worten, die Theile der heredes cum partibus werden auf ihr Drittel reducirt. Hierdurch werden für die heredes sine partibus Theile gewonnen.[9] [10]

§ 87. Erbeseinsetzung auf Einzelobjekte.[1]

Es kann geschehen, daß der Erblasser jemanden zum Erben auf Einzelobjekte ernennt; das ist der heres ex re certa: z. B. A. soll

---

7) § 7 in fine J. de her. inst. 2, 14, l. 13 §§ 4—7 D. h. t. 28, 5.

8) Hat insbesondere der Erblasser jemanden auf „seinen ganzen Nachlaß" eingesetzt und dann noch Erben zu bestimmten Theilen berufen, so ist anzunehmen, daß mit den späteren Dispositionen die erste theilweise zurückgenommen sei, so daß der auf das Ganze eingesetzte doch nur den Rest bekommt, gerade so, wie wenn er sine parte instituirt wäre, l. 23 pr. C. de legatis 6, 37. Vgl. übrigens Schrader, civ. Abhandl. n. 4, andererseits Bangerow Bd. 2 § 449 Anm. 3 S. 163.

9) § 6 J. de hered. inst. 2, 14, l. 17 §§ 3—5, l. 18 D. de hered. inst. 28, 5.

10) Ist jemand freilich ausdrücklich auf den „überbleibenden" Theil eingesetzt und bleibt kein Theil übrig, so erhält er nichts, l. 17 § 3, l. 79 § 3, l. 80 D. de her. inst. 28, 5.

1) Das Hauptwerk ist von Reuner: die heredis institutio ex re certa 1853.

mein Erbe sein auf mein Grundstück, oder auf 10,000 Mark, oder bezüglich meines Handelsgeschäftes.

Rechtlich Unvereinbares ist hier zusammengekoppelt. Denn Erbe sein heißt Universalsuccessor des Erblassers, also Herr seines Gesammtvermögens werden. Was soll daneben die Erwähnung der res certa?

Ist sie bloß Hervorhebung des erheblichsten Bestandtheiles des Nachlasses, so ist sie überflüssig. Soll darin eine Beschränkung des Erben liegen, so enthält sie einen juristischen und logischen Widersinn.[2]

Als den Römern derartiges vorkam, erklärten sie, daß der Eingesetzte doch trotz des Zusatzes Erbe sei. Insofern wird dieser wie nicht vorhanden betrachtet.[3]

Falls aber in dem Zusatz indirekt eine Verfügung des Erblassers zu Gunsten Dritter lag, die sich insbesondere nach den Grundsätzen der Fideikommisse erhalten ließ, bekam er doch wieder eine rechtliche Bedeutung, und zwar nach Verschiedenheit der Fälle eine sehr verschiedene.

1. Ein einziger Erbe ist eingesetzt, und zwar auf eine bestimmte Sache. Er gilt trotzdem als normaler Erbe.[4]

Der Zusatz ist unjuristisch und unverständlich und ohne jede Folge, wenn er nicht zu Gunsten bestimmter Dritter gemacht ist.

Enthält er aber eine Beschränkung des eingesetzten Erben zu Gunsten Dritter, wie aus dem Verhältnisse zu früheren Dispositionen des Erblassers oder auch sonst erhellen kann, so liegt darin indirekt die Anordnung eines Universalfideikommisses für jene Dritte,[5] so daß

Dort findet sich die ältere Litteratur. Neuere Abhandlungen sind: Padeletti, d. L. v. d. Erbeinsetzung ex re certa 1870; Kuntze, über die Erbeinsetzung ex re certa auf bestimmte Nachlaßstücke 1875; Schwing, z. L. von der heredis institutio ex re certa 1875. Vgl. noch Vangerow Bd. 2 § 449 Anm. 2, Brinz Bd. 3 S. 73.

2) Dies leugnet freilich Kuntze a. a. O. Nach ihm ist die heredis institutio ex re certa die normale römische Erbeinsetzung der Urzeit, welche erst allmählig durch das System abstrakter Erbeinsetzung verdrängt wurde. Mit Recht haben sich gegen diese Auffassung alle späteren erklärt, neuerdings Hofmann, kritische Studien S. 152. Den Römern war das primitive die Repräsentation des Erblassers und Hauses.

3) Die Aufrechterhaltung der Erbenqualität „detracta rei mentione" geht meines Ermessens auf Sabinus zurück. l. 9 § 13 D. de hered. inst. 28, 5. Aquilius Gallus respondirte nach l. 75 D. de hered. inst. 28, 5 bezüglich eines Falles, in welchem der Erbe „excepto fundo" eingesetzt war. Das ist keine heredis institutio ex re certa nach richtiger Ansicht.

4) Ulpianus libro 1 ad Sabinum. l. 1 § 4 D. de her. inst. 28, 5: Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio detracta fundi mentione.

5) l. 30 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1. Marcianus libro 4 Institutionum: Si quis priore facto testamento posterius fecerit testamentum, etiamsi ex certis rebus in posteriores tabulas heredes instituit, superius tamen testamentum

der heres ex re certa hier doch nur die specielle Sache, beziehungsweise die Falcidische Quart behält.[6]

2. Der Erblasser hat *mehrere Erben* ernannt, und zwar jeden auf *bestimmte Objekte*.[7]

Sie alle sind rechte Erben. Und zwar gelten sie im Zweifel als

---

sublatum est, ut divi quoque Severus et Antoninus rescripserunt; cujus constitutionis verba rettuli, cum alia quoque praeterea in constitutione expressa sunt: „Imperatores Severus et Antoninus Coccejo Campano. Testamentum secundo loco factum, licet in eo certarum rerum heres scriptus sit, jure valere, perinde ac si rerum mentio facta non esset, sed teneri heredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis aut suppleta quarta ex lege Falcidia hereditatem restituat his, qui priore testamento scripti fuerant propter inserta fideicommissaria verba, quibus ut valeret prius testamentum expressum est, dubitari non oportet" et hoc ita intellegendum est, si non aliquid specialiter contrarium in secundo testamento fuerit scriptum. Mit Recht nimmt Neuner an, daß in der Einsetzung des im zweiten Testamente ernannten Erben auf bestimmte Sachen in Verbindung mit der Thatsache, daß der Erblasser früher ein Testament mit richtiger Erbeseinsetzung gemacht hatte, die Absicht ausgesprochen, war, daß der neu ernannte das Vermögen, abgesehen von den res certae den Erben des ersten Testamentes zu erstatten habe, daß also die Einschränkung auf die res certae die „fideicommissaria verba" bildeten, auf die sich der Kaiser bezieht. Nur von diesem Standpunkte aus, welcher wohl gerechtfertigt ist, erhält die Stelle Schlüssigkeit und Zusammenhang, wird insbesondere der Schlußsatz verständlich. Die meisten neueren unterstellen jedoch entgegen Neuner eine „besondere nicht angeführte" Verfügung des Erblassers, wodurch die im früheren Testamente eingesetzten Erben zu Universalfideikommissaren ernannt wurden. So Brinz a. a. O. S. 75 Anm. 17. Dann hätte es nicht der Mühe gelohnt, das Reskript zu citiren. Die Ausführung Marcians ist mit einigen Aenderungen wiederholt in § 3 J. q. m. t. inf. 2, 17.

6) Neuner a. a. O. S. 95 nimmt an, daß der auf die res certa eingesetzte Erbe einerseits die Erbschaft an den Dritten als „stillschweigendes Universalfideikommiß" zu restituiren habe, andererseits aber aus der Erbschaft die res certa als stillschweigendes Singularfideikommiß" zurückerhalte. Die Ansicht sei unzutreffend, daß der Erbe die ihm zugewiesene res certa „als Erbe" behalte. Denn wenn die hereditas zu restituiren sei, so sei hierin auch die res certa inbegriffen, weil der Rechtsbegriff *sämmtliche Vermögensbestandtheile* umfasse. Folglich habe mit der Restitution für den Fiduciar der bisherige Erbentitel auch auf die res certa aufgehört. Zwar bekomme er sie gleichwohl, dies erkläre sich aber dadurch, daß die res certa so behandelt werde, als ruhe ein Singularvermächtniß zu Gunsten des Fiduciars auf der Erbschaft. Durch Realisirung dieses Vermächtnisses erhalte der Fiduciar also zum zweiten Male die res certa und zwar jetzt *titulo singulari*. Dieser Rechtsvorgang vollziehe sich jedoch thatsächlich kurzweg durch Retention. Neuners Konstruktion wurde u. a. von Bangerow Bd. 2 § 449 Anm. 2 n. I adoptirt, siehe auch Dernburg im Archiv für civ. Praxis Bd. 47 S. 309. Es hat jedoch Mandry im Archiv für civ. Praxis Bd. 51 n. 5 mit guten Gründen ausgeführt, daß die Herausnahme einzelner Objekte mit der Anordnung einer Universalsuccession keineswegs unvereinbar sei. Dies ergiebt vor allem das Vindikationslegat. Der Erbe behält in der That die res certa auf seinen Erbantheil, der Universalfideikommissar erwirbt das Gesammtvermögen, verkürzt durch Ausscheidung der res certa. Jedoch kann diese Ausscheidung den Erbschaftsgläubigern nicht entgegengestellt werden, wenn die Erbschaft insolvent ist oder durch sie insolvent wurde. Das Retinirte ist daher in gewissen Beziehungen *wie ein Vermächtniß* zu behandeln, wenn es auch solches nicht ist.

7) l. 35, l. 79 pr. D. h. t. 28, 5.

zu gleichen Erbschaftstheilen eingesetzt, wonach sich ihre Verpflichtung den Erbschaftsgläubigern und Vermächtnißnehmern gegenüber regelt.[8]

Die Anweisung der bestimmten Sachen hat hier die Bedeutung, daß sie bei der Theilung der Erbschaft jedem der Erben auf seine Erbschaftsportion zuzuweisen sind. Ferner aber, daß sie, soweit sie bei einzelnen Erben ihre Erbschaftsportion übersteigen, Vorvermächtnisse bilden.

Dem Theilungsrichter liegt die Zuweisung und Adjudikation nach Anordnung des Erblassers ob.[9]

3. Es ist ein Erbe oder es sind einige richtig, und es ist einer oder es sind mehrere auf bestimmte Objekte eingesetzt.

Hier liegt die Absicht klar zu Tage, den Erben ex re certa auf die Einzelsache zu beschränken.

Das suchte Justinian möglichst direkt zu realisiren.[10]

Deshalb sollen die richtig eingesetzten Erben, wenn sie antreten, allein die Rechte und Pflichten der Erben haben; der heres ex re certa ist weder aktiv noch passiv an den Erbschaftsklagen betheiligt, er steht von Rechtswegen, wie wenn er die Erbschaft ex Trebelliano seinen Miterben restituirt hätte, und behält nur die zugewiesene Sache wie ein Legatar. Vom Erben hat er dann nur den Namen.[11]

Dagegen kommt seine Eigenschaft als Erbe zur vollen Geltung, wenn die neben ihm richtig eingesetzten Erben die Erbschaft nicht erwerben. Denn nur zu deren Gunsten war er beschränkt. Daher ist der heres ex re certa dann so Erbe, wie wenn er nicht bloß auf die bestimmte Sache ernannt wäre.

---

8) l. 10, l. 11, l. 9 § 13 D. de her. inst. 28, 5, oben § 86 Anm. 3.

9) Die Zuwendungen galten als Legate, da sie durch das judicium familiae erciscundae verwirklicht wurden, l. 35 § 1, l. 79 pr. D. h. t. 28, 5 und nicht als Fideikommisse extra ordinem durch die Magistrate.

10) Dies hat Justinian in der berühmten und vielumstrittenen l. 13 C. de heredibus inst. 6, 24 verordnet: Quotiens certi quidem ex certa re scripti sunt heredes vel certis rebus pro sua institutione contenti esse jussi sunt, quos legatariorum loco haberi certum est, alii vero ex certa parte vel sine parte, qui pro veterum legum tenore ad certam unciarum institutionem referuntur, eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus uti vel conveniri decernimus, qui ex certa parte vel sine parte scripti fuerint, nec aliquam deminutionem earundem actionum occasione heredum certa re scriptorum fieri.

11) Selbst Anspruch auf quarta Trebelliana hat der heres ex re certa in diesem Falle nicht. Neuner a. a. O. S. 464, Seuffert, Archiv Bd. 30 n. 157. A. Ansicht Vangerow Bd. 2 § 449 S. 157.

II. Subſtitutionen.

§ 88. 1. Vulgarſubſtitution.

Subſtitution iſt letztwillige Ernennung eines Erſatzmannes für einen in erſter Linie ernannten Honorirten. Ihre Fälle und Wirkungen ſind derart verſchieden, daß eine konkretere gemeinſame Definition unmöglich iſt.

Subſtitutionen ſind zunächſt und im Zweifel Erbeseinſetzungen; doch auch bei Vermächtniſſen kamen ſie in Aufnahme.[1]

Gemeine oder Vulgarſubſtitution iſt die Ernennung eines Subſtituten zum Erben für den Fall, daß der zunächſt gewollte Erbe — der Inſtitut — nicht Erbe wird.[2] Da in Rom die Erblaſſer eifrigſt darauf bedacht waren, teſtamentariſch beerbt zu werden, ſo war dieſe Art der Subſtitution ganz gewöhnlich; daher der Name. Weitere Subſtitutionen konnten ſich beliebig anſchließen. Auch hiervon machte man in Rom reichlichen Gebrauch. In dem inſchriftlich erhaltenen Teſtamente des Daſumius finden ſich 6 Grade von Erben.[3]

Häufig war in der klaſſiſchen Kaiſerzeit substitutio reciproca, d. h. gegenſeitige Subſtitution der Miterben.[4] Wenn nämlich ein Miterbe ausfiel, ſo trat damals in der Regel nicht Anwachſung an die Miterben ein, ſondern Behandlung als caducum. Dem begegnete man durch die gegenſeitige Subſtitution.[5] Miterben gelten als zu denſelben Portionen ſubſtituirt, zu denen ſie inſtituirt ſind.[6]

Natürlich ſind auch heutzutage reciproke Subſtitutionen möglich, häufig ſind ſie nicht.

Die Vulgarſubſtitution iſt:

1. Erbeseinſetzung. Daher nennt man den Inſtituten den

---

1) Vgl. l. 50 pr. D. de leg. II.

2) Tit. Inst. 2, 15 de vulgari substitutione 2, 15, Dig. de vulgari et pupillari substitutione 28, 6. Cod. de impuberum et de aliis substitutionibus 6, 26. Mühlenbruch bei Glück Bd. 40 S. 248.

3) Bruns, fontes 5. Aufl. S. 292; Rudorff, Zeitſchrift für Rechtsgeſchichte Bd. 12 S. 301.

4) Solche Subſtitution geſchah oft durch eine kurze Klauſel, z. B. „eosque invicem substituo“ und noch kürzer l. 37 § 1 D. de her. inst. 28, 5. Die neueren ſprechen dann von einer substitutio compendiosa oder breviloqua.

5) Dies hebt ausdrücklich hervor l. un. § 1 a. C. de caducis tollendis 6, 51. Vgl. unten § 92.

6) l. 5, l. 41 § 1 D. h. t. 28, 6, l. 1 C. h. t. 6, 26. Ueber den Fall, daß den Miterben Nichterben als Subſtituten beigefügt ſind, vgl. l. 32 D. h. t. 28, 6.

Erben des ersten, den ihm substituirten des zweiten Grades, und zählt weitere Grade bei weiteren Substituten.[7]

Alle Erfordernisse der Erbeseinsetzung gelten auch für die Vulgarsubstitution.

Sind die „Erben" als solche mit Vermächtnissen oder Auflagen beschwert, so trifft dies selbstverständlich auch die Substituten, falls sich ihr Recht verwirklicht. Aber nach einer Konstitution von Severus gelten auch die dem Instituten persönlich — nominatim — aufgelegten Vermächtnisse stillschweigend vom Substituten wiederholt,[8] da anzunehmen ist, daß der Erblasser, was er dem zunächst von ihm Begünstigten auflegte, um so gewisser durch den in zweiter Linie stehenden entrichtet haben wollte. Die Vermuthung greift nicht ein, wenn sie der Fassung des Testamentes oder dem besonderen Charakter der Last widerspricht.[9]

2. Die Vulgarsubstitution ist bedingte Erbeseinsetzung, abhängig davon, daß der Institut nicht Erbe wird. Solange dies in der Schwebe bleibt, ist der Substitut noch nicht berufen. Er muß daher den Wegfall des Instituten erleben, wenn sich seine Substitution realisiren soll.[10]

Die Bedingung der Substitution fällt aus, sowie der Institut Erbe wird. Dies ändert sich nicht, wenn derselbe unmittelbar nach

---

7) l. 1 pr. D. h. t. 28, 6. Modestinus libro 2 pandectarum: Heredes aut instituti dicunter aut substituti: instituti primo gradu, substituti secundo vel tertio.

8) l. 74 D. de leg. I, l. 61 § 1 D. de leg. II, l. 4 C. ad S. C. Trebellianum 6, 49; siehe ferner l. 82 § 1 D. de leg. II, l. 77 § 15 D. eod. Arndts bei Glück Bd. 47 S. 266, oben Bd. 3 § 78 Anm. 8. Ueber eine hierher gehörige Streitfrage siehe unten § 92 Anm. 5.

9) l. 74 D. de leg. I. Ulpianus libro 4 Disputationum ... quid enim si aliam rem reliquit a substituto ei fideicommissario vel legatario quam ab instituto reliquerat? vel quid si certa causa fuit cur ab instituto relinqueret quae in substituto cessaret? vel quid si substituit ex parte fideicommissarium, cui ab instituto reliquerat fideicommissum?

10) Dies nahm man selbst bei der substitutio reciproca an, wenn der seinem Miterben substituirte seinen Theil erworben hatte. Zwar erwarb er dann die ihm später zukommende Substitutionsportion zu der eigenen ohne Willensentschluß, dennoch mußte er den Ausfall des Miterben, also seine Berufung zur Substitutionsportion erlebt haben. Es sind das recht subtile, aber folgerechte Rechtssätze, l. 81 D. de a. vel. o. her. 29. 2. Ulpianus libro 13 a. legem Juliam et Papiam: Totiens videtur heres institutus etiam in causa substitutionis adisse quotiens adquirere sibi possit: nam si mortuus esset, ad heredem non transferret substitutionem. So auch l. 9 D. de suis et legitimis 38, 16. Der Schlußsatz der l. 23 D. de vulg et pup. subst 28, 6 steht damit nicht in Widerspruch. Die hier öfter angeführte l. 23 D. de vulg. et p. subst. 28, 6 gehört nicht hierher. Denn der verstorbene Miterbe, um den es sich hier handelt, hatte seine Institutionsportion nicht angetreten.

dem Erwerbe der Erbschaft verstirbt, ohne einen Erben zu hinterlassen.[11]

Die Bedingung der Substitution ist eingetreten sowohl dann wenn der Institut nicht erben *kann*, insbesondere weil er vor dem Antritt verstarb, wie auch dann, wenn er nicht Erbe sein *will*. So ist es im Zweifel selbst wenn der Erblasser bei der Fassung der Substitution nur den einen der Fälle ausgedrückt hat. Denn hierin liegt in der Regel nur eine unvollkommene Redaktion und keineswegs die Absicht, für die es meist an einem rationellen Grunde fehlen würde, die Substitution auf den allein ausgedrückten Fall zu beschränken.[12]

Es giebt Fälle, in denen der Vulgarsubstitut berufen wird, trotzdem der Institut Erbe geworden ist. Dies insbesondere, wenn derselbe nothwendiger Erbe des Testators wurde, aber abstinirte; ferner, wenn er sich gegen den Antritt restituiren ließ,[13] endlich nach heutigem Rechte, wenn der Institut unwürdig ist.

Andererseits wird der Substitut in der Regel nicht berufen, trotzdem daß der Institut verstirbt ohne Erbe geworden zu sein, wenn ein anderer an dessen Stelle in Folge s. g. Transmission erwirbt. Natürlich kann aber der Erblasser den Substituten dem Transmissar durch besondere Bestimmung vorziehen.[14]

3. Ist B. seinem Miterben A. substituirt und C. dem B., so gilt C. als auf beide Portionen substituirt, erhält also, wenn A. und B. fortfallen, sowohl die Institutionsportion des B., als dessen Substitutionsportion.[15]

Das drückt man durch die Regel aus „substitutus instituto est substitutus substituto". Damit wird freilich die Sache nicht klarer.

§ 89. 2. Die Pupillarsubstitution.[1]

Der Vater kann seinem unmündigen Hauskinde in zweifacher Weise substituiren, nämlich einmal vulgariter, also für den Fall, daß

11) l. 5 C. h. t. 6, 26.

12) Die Scholastiker bezeichneten den Fall, daß der Institut nicht erben *will*, als casus „noluntatis", und den, wenn er nicht Erbe werden *kann*, als casus „impotentiae". Den Schluß der herrschenden Meinung — Windscheid Bd. 3 § 557 Anm. 5 — von dem einen auf das andere verwirft Mühlenbruch a. a. O. S. 301 ohne guten Grund.

13) l. 44 D. de re judicata 42, 1. Mühlenbruch a. a. O. S. 360. Das römische Indignitätsrecht siehe in l. 15 pr. D. ad S. C. Silanianum 29, 5.

14) Vgl. Hofmann, kritische Studien S. 25 und dort citirte.

15) § 3 J. h. t. 2, 15, l. 27, l. 41 pr. D. h. t. 28, 6.

1) Tit. Inst. de pupillari substitutione 2, 16; Dig. de vulgari et pupillari

das Kind sein Erbe nicht wird, und außerdem, damit verbunden oder allein pupillariter, d. h. für den Fall, daß es ihn überlebt, aber in den Jahren der Unmündigkeit verstirbt.[2] —

Die Pupillarsubstitution war eine Schöpfung der Sitte in den letzten Zeiten der Republik. Starke Impulse drängten auf sie hin, nicht bloß die Unvollkommenheit der alten gesetzlichen Intestaterbfolge, wonach leicht entfernte Agnaten und die Gentilen den Nachlaß des Kindes trotz des Vorhandenseins nächster Verwandten desselben erlangten. Man glaubte auch das Leben des Kindes gegen Frevel zu sichern, wenn man dessen Erben in verschlossenen, wohlverwahrten Testamentsurkunden ernannte und dadurch ungewiß machte, wer im Falle der Wegräumung des Kindes dessen Erbe würde.[3]

Freilich waren erhebliche juristische Schwierigkeiten zu überwinden.

Anfänglich betrachtete man den Pupillarsubstituten einfach als Erben des Vaters, der ihn ernannte.[4] Zwar erhält der Pupillarsubstitut den Nachlaß des Kindes; doch glaubte man denselben als identisch mit dem des Vaters ansehen zu können, was er ja thatsächlich in vielen Fällen auch war.

Aber diese Auffassung ließ sich nicht festhalten. Sie stand in Widerspruch mit der Regel semel heres semper heres, wenn das Kind seinen Vater beerbt hatte und in den Jahren der Unmündigkeit verstarb. Noch unhaltbarer war sie, wenn sich das Kind von der väterlichen Erbschaft abstinirt hatte oder gar vom Vater exheredirt war, aber aus anderen Quellen, z. B. von seiner Mutter nach des

---

substitutione 28, 6; Cod. de impuberum et de aliis substit. 6, 26; Keller, Institutionen S. 265; Vangerow § 452, Pietak, z. L. v. d. Pupillarsubstitution im Archiv für civ. Praxis Bd. 58 n. 12, Bd. 59 n. 1.

2) Ulpian. fragm. Tit. XXIII § 7. Liberis impuberibus in potestate manentibus tam natis quam postumis heredes substituere parentes possunt duplici modo, id est aut eo, quo extraneis, ut, si heredes non extiterint liberi, substitutus heres fiat, aut proprio jure, ut, si post mortem parentis heredes facti intra pubertatem decesserint, substitutus heres fiat, l. 1 § 1 D. h. t. 28, 6, Gajus Inst. II § 181.

3) Gajus Inst. II 181.

4) Dies nehmen die bei weitem meisten neueren an, vgl. unter anderen Vangerow Bd. 2 § 452. Mit Unrecht hat sich Pietak a. a. O. Bd. 58 § 378 hiergegen erklärt. Daß man den Pupillarsubstituten ursprünglich als Erben des Vaters betrachtete, ergiebt sich aus der gewöhnlich angewendeten Formel l. 1 § 1 D. h. t. 28, 6 „si heres non erit, sive erit et intra pubertatem decesserit tunc Gajus Sejus heres mihi esto", Cicero de inventione cap. 42, de oratore II cap. 32. Die ältere Ansicht ist noch vertreten in der bekannten l. 28 D. de rebus auctoritate judicis 42, 5 von Javolenus libro 1 epistularum, dessen Ausführung auf dem Grundgedanken ruht „hereditas et patris et filii una est". Anders l. 42 D. de a. vel o. her. 29, 2.

Vaters Tode Vermögen erworben hatte, in welches der Pupillarsubstitut succedirte.

So wendete man sich in der klassischen Kaiserzeit der Ansicht zu, ein Testament werde über zwei Erbschaften gemacht, die des Vaters und die des Kindes;[5] der Pupillarsubstitut werde also Erbe des Kindes.

Der Vater errichtet das Testament aus eigenem Rechte, keineswegs als Vertreter des Kindes, und er verfügt doch über die Erbschaft des Kindes. Das sind Gedanken, die sich keineswegs harmonisch zusammenfügen.

1. Die Pupillarsubstitution ist Bestandtheil des väterlichen Testamentes. Sie muß mit ihm solennisirt werden, wenn sie auch in einer besonders verschlossenen Urkunde — den secundae tabulae — niedergeschrieben ist.

Nothwendig muß sich also der Vater selbst einen Erben ernennen, wenn er eine Pupillarsubstitution anordnen will. Dieser Erbe kann sein unmündiges Kind sein, nicht minder aber ein anderer.

Ferner fällt mit dem Testamente des Vaters nothwendig auch die Pupillarsubstitution dahin, insbesondere auch dann, wenn niemand die väterliche Erbschaft antritt.[6] [7]

Selbst die Konsequenz hat man nicht gescheut, daß der Vater die Personen nicht honoriren muß, welche, wie namentlich die Mutter des Kindes, diesem gegenüber pflichttheilsberechtigt wären. Denn der Vater ist Pflichttheilserben des Kindes nicht verpflichtet.[8] Ebensowenig muß der Vater bezüglich des Nachlasses des Kindes die eigenen Pflichttheilserben berücksichtigen; denn diese haben auf denselben kein Recht.

Mit Vermächtnissen kann der Vater den Pupillarsubstituten nur

---

5) Gajus Inst. II § 180 deutet auf verschiedene Erklärungsversuche hin: quamobrem duo quodammodo sunt testamenta aliud patris aliud filii tamquam si ipse filius sibi heredem instituisset: aut certe unum est testamentum duarum hereditatum. Ulpian formulirte mit Vorliebe den Satz „unum testamentum alia atque alia hereditas est" l. 2 § 2 de her. vel a. vend. 18, 4, l. 2 § 4 D. h. t. 28, 6.

6) § 5 J. h. t. 2, 16.

7) Wer nothwendiger Erbe des Vaters ist, erwirbt auch die ihm deferirte Pupillarsubstitution von Rechtswegen, l. 2 § 4 D. h. t. 28, 6, und wer zugleich als Erbe des Vaters und als Pupillarsubstitut eingesetzt ist, wird, wenn er die Erbschaft des Vaters angetreten hat, nothwendig auch Erbe des Kindes, l. 59 D. de a. vel o. her. 29, 2. Das nähere entwickelt Vangerow Bd. 2 § 454.

8) l. 8 § 5 D. de inofficioso test. 5, 2 und hiernach cap. 1 de testamentis in 6to 3, 11. Vangerow Bd. 2 § 453. Schröder, Notherbenrecht Bd. 1 S. 566.

in soweit beschweren, als der eigene Nachlaß zur Zeit seines Todes reicht — pater de suo legat —.[9]

2. Der Pupillarsubstitut ist im entwickelten Rechte Erbe des Kindes.[10]

Er erwirbt den Nachlaß des Kindes mit dessen Tode, ohne Rücksicht darauf, ob dasselbe Erbe des Vaters wurde, und zwar in dem Umfange, den der Nachlaß jetzt hat.[11]

Die Pupillarsubstitution wird kraftlos:

1. wenn das Kind im Augenblicke des Todes des Vaters nicht in dessen — unmittelbarer — Gewalt steht.[12 13]

2. Wenn das Kind die Jahre der Unmündigkeit überlebt.[14]

Pupillar- und Vulgarsubstitutionen bezüglich unmündiger Hauskinder wurden in Rom ganz gewöhnlich verbunden. Daher schloß man von einem auf das andere, auch wenn der Erblasser wörtlich nur die eine Substitutionsart hervorgehoben hatte.

Im heutigen Rechte dagegen ist Anordnung einer Pupillarsubstitution und Verbindung derselben mit der Vulgarsubstitution äußerst ungewöhnlich. Daher ist es unzulässig, derzeit von der einen Substitution auf die andere zu schließen, insbesondere von einer Vulgar- auf eine Pupillarsubstitution. Man würde damit dem Testator einen Gedanken unterschieben, von dem er in der Regel auch entfernt nichts ahnt.[15 16] —

---

9) l. 11 § 5, l. 87 § 5 D. ad leg. Falc. 35, 2.

10) Pietat a. a. O. Bd. 58 S. 378 und die dort citirten Belegstellen.

11) l. 10 § 5 D. h. t. 28, 6. Ulpianus libro 4 ad Sabinum: Ad substitutos pupillares pertinent et si quae postea pupillis obvenerint: neque enim suis bonis testator substituit, sed impuberis, cum et exheredato substituere quis possit.

12) l. 41 § 2 D. h. t. 28, 6. Es ist nicht schlechthin erfordert, daß das unmündige Kind bereits zur Zeit der Testamentserrichtung in der Gewalt des Testators war. Man kann z. B. einem unehelichen unmündigen Kinde, welches man zu legitimiren gedenkt, einen Pupillarsubstituten ernennen. Vorausgesetzt ist nur die Gewalt des Testators zur Zeit seines Todes, l. 2 pr. D. h. t. 28, 6. Uebrigens kann man auch einem Postumus pupillariter substituiren, sofern derselbe zur Zeit des Todes des Erblassers in dessen Gewalt wäre, wenn er bereits geboren wäre.

13) Nach römischem Rechte konnte der Großvater den Enkeln in der Gewalt substituiren für den Fall, daß sie bei seinem Tode nicht in die Gewalt ihres Vaters fielen; l. 2 pr. D. h. t. 28, 6.

14) l. 14 D. h. t. 28, 6. Natürlich kann der Testator auch eine kürzere Zeit als die Mündigkeit festsetzen, l. 21 D. eod.

15) Die s. g. substitutio vulgaris und pupillaris tacita gehört zu den am meisten besprochenen Fragen des gemeinen Rechtes. Vielleicht wären manche Zweifel nicht hervorgetreten, wenn man scharf römisches und heutiges Recht auseinandergehalten hätte. — Ob man aus einer Pupillarsubstitution auf eine Vulgarsubstitution schließen dürfe, war schon im Jahre 661 der Stadt in dem berühmten judicium

§ 90. 3. Die Quasipupillarsubstitution.

Das Recht, seinem geisteskranken oder sonst natürlicherweise testirunfähigen Kinde ein Testament zu machen, konnte schon nach klassischem Rechte der Vater durch Privileg des Regenten erlangen.[1]

Ein Gesetz Justinians verstattet aber allgemein jedem Ascendenten, seinen geisteskranken Descendenten zu substituiren, wenn er ihnen den Pflichttheil hinterläßt.[2] Doch hat er zuerst unter dessen geistig gesunden Descendenten und dann unter dessen gesunden Geschwistern zu wählen.[3]

Sehr streitig ist der Charakter dieser Substitution.

Denn die einen sehen in ihr nur eine fideikommissarische auf das, was der Testator dem Geisteskranken hinterläßt, so daß die gesetzliche Begünstigung nur in der freien Substitution bezüglich des Pflichttheils des Geisteskranken läge.[4]

Curianum verhandelt worden. Es hatte nämlich ein gewisser Coponius testirt: Post mortem meam si mihi postumus nascitur in mensibus proximis heres mihi esto. si moriatur antequam in suam tutelam venerit, M. Curius mihi heres esto. Der von Coponius so bestimmt erwartete Sohn erschien nicht, und es erhob sich nach seinem Tode ein Prozeß zwischen seinem Intestaterben und dem Curius, der den Erbschaftsbesitz erlangt hatte. Der letztere siegte, wie es scheint, so daß die Centumvirn damals die Vulgarsubstitution als in der pupillarischen enthalten erachteten. Cicero de oratore I. cap. 39, II. cap. 32, Brutus cap. 53; W. Munzinger, causa Curiana 1865; A. Schneider, die drei Scävola 1879. Mit diesem Präjudiz war freilich die Frage noch nicht endgültig entschieden. Doch stellte sich in der Kaiserzeit als Regel fest, daß von der einen auf die andere Substitution zu schließen sei, l. 4 pr. § 1 D. h. t. 28, 6. Natürlich tritt die Vermuthung aber nicht ein, wo ihr Indicien eines entgegengesetzten Willens entgegenstehen, l. 4 § 2 cit., l. 2, l. 4 C. h. t. 6, 26. Siehe das nähere bei Herbert Pernice in Bekkers Jahrbuch Bd. 1 n. 7, Vangerow Bd. 2 § 451 Anm. 1 und § 453 Anm. 1.

16) Es ist noch hervorzuheben, daß nach der herrschenden Lehre die Regel „substitutus substituto est substitutus instituto“ — vgl. oben § 88 Anm. 15 — auf Pupillarsubstitutionen keine Anwendung findet. Wenn also der Erblasser seinen Sohn zum Erben einsetzt, dem Sohne seine Tochter pupillariter substituirt und dieser Tochter wiederum einen Dritten, so wird dem letzteren nichts deferirt, wenn zuerst die Tochter und dann der Sohn in der Zeit der Unmündigkeit versterben. Hierfür führt man l. 47 D. h. t. 28, 6 an. Vangerow Bd. 2 § 453 Anm. 2. Doch ist die Auslegung der l. 47 cit. bestritten. Löhr im Archiv für civ. Praxis Bd. 9 S. 115.

1) l. 43 pr. D. de vulg. et pupillari subst. 28, 6.

2) l. 9 C. de impuberum et aliis substitutionibus 6, 26 aus dem Jahre 528. § 1 J. de pupillari subst. 2, 16, vgl. l. 7 § 1 b, § 8 C. de cur. fur. 5, 70.

3) Das Gesetz will seinem Wortlaut nach — § 1 — nur die Geschwister des Geisteskranken bevorzugt haben, welche vom Testator stammen. Das war aber nur der Fall, welcher dem Gesetzgeber als nächstliegender vorschwebte. Auch andere Geschwister des Geisteskranken haben gleiche Rechte.

4) Hierfür Unterholzner im Archiv für civ. Praxis Bd. 2 n. 5, Löhr daselbst Bd. 5 n. 3 und eindringlich Vangerow Bd. 2 § 456.

Die anderen betrachten diese Substitution als eine der pupillarischen analoge auf den ganzen Nachlaß des Geisteskranken.[5]

Hierfür sprechen die überwiegenden Gründe. Denn auch das schon vordem ertheilte Privilegium ging auf ein Testament für den Geisteskranken. Als nun das Privilegium durch Gesetz verallgemeinert wurde, wird gleiches beabsichtigt gewesen sein. Auch giebt die Aufnahme der Verordnung in die Titel des Codex über Erbeinsetzungen und Erbsubstitutionen einen Fingerzeig nach derselben Richtung hin. Endlich aber wird diese Substitution ausdrücklich in den Quellen als quasipupillarische bezeichnet. Das wäre sehr inkorrekt, wenn sie nicht wie die pupillarische in der Ernennung eines Erben für das Kind bestünde.

Keinesfalls ist um deswillen anzunehmen, daß der Ascendent sich auch selbst einen Erben ernennen müsse. Denn dies war eine nur historisch zu erklärende, aus inneren Gründen nicht zu rechtfertigende Eigenheit der Pupillarsubstitution, die nicht zu übertragen ist.

Freilich entsteht nach unserer Auffassung das Bedenken, daß mehrere Ascendenten selbständig dem Geisteskranken Testamente errichten können und daß es an einer Gesetzesnorm fehlt, um das Verhältniß solcher verschiedenen Testamente zu bestimmen. Indessen seit der Zeit der Postglossatoren giebt man dem Testamente des Vaters den Vorzug, in dessen Ermangelung dem der Mutter. Das entspricht der Natur des Verhältnisses und löst die Schwierigkeiten, die sich in der praktischen Handhabung ergeben könnten.[6]

Wird der Descendent testirfähig, oder gewinnt er legitime Descendenten, so verliert das auf Grund Privilegiums oder Gesetzes errichtete Testament seiner Ascendenten seine Kraft.

III. Das Anwachsungsrecht.[1]

§ 91. Das allgemeine des Anwachsungsrechtes.

Anwachsung — Akkrescenz — kommt bei Miterben jeder Art vor, mögen sie durch Testament oder Gesetz berufen sein. Gleichwohl ist

5) Vgl. Mühlenbruch bei Glück Bd. 40 S. 475, Bd. 41 S. 1, und die bei Arndts § 499 citirten.

6) Eine besondere Ansicht vertritt Haimberger im Archiv für civ. Praxis Bd. 12 n. 18.

1) Baumeister, d. Anwachsungsrecht u. Miterben 1829; Mayer, d. Recht d. Anwachsung bei Erbrecht und Legaten 1835; Rudorff, über die caducorum vindicatio in der Zeitschrift für gesch. Rechtsw. Bd. 6 n. 6; Fitting, z. L. v. Anwachsungsrecht

es zweckmäßig, sie im allgemeinen beim Testamentsrechte zu behandeln und das für die Intestaterbschaft besonders geltende bei dieser nachzutragen.[2]

In einem weiten, thatsächlichen Sinne ist von einer Anwachsung in den Quellen überall die Rede, wo ein Miterbe zu einer Portion der Erbschaft noch eine andere erhält.[3] Dies also auch, wo es in Folge eines selbständigen Berufungsgrundes geschieht, z. B. wenn ein zu einem Theile unbedingt und zu einem anderen bedingt eingesetzter Erbe durch Eintritt der Bedingung zu seiner unbedingten die bedingte Portion erwirbt.[4]

Ein besonderes Rechtsinstitut ist nur die Akkrescenz, welche aus dem Wesen und der Natur des Verhältnisses von Miterben folgt.

Wir bezeichnen daher als *Akkrescenz im engeren Sinne* den Fall, *daß sich die Portion eines Miterben durch eine andere frei werdende Portion in Folge des Miterbenverhältnisses vergrößert.*

Von solcher Akkrescenz will man in der Regel nur reden, wenn dem Miterben seine Portion — die Urportion — bereits *deferirt* oder gar bereits *erworben* war, und wenn ihm nunmehr eine zweite Portion dadurch, daß sie frei wird, anwächst. Aber der Fall ist nach seinen charakteristischen Eigenthümlichkeiten derselbe, wenn sich die einem Testamentserben zunächst zugetheilte Portion *bei Lebzeiten des Erblassers* durch Erledigung anderer Portionen vergrößert, sei es, daß der Miteingesetzte von vornherein ungültig ernannt war, z. B. weil er zur Zeit der Testamentserrichtung bereits verstorben war, sei es, daß derselbe zwar rechtsgültig ernannt war, aber vor dem Erblasser starb.

Der Grund dieser Akkrescenz liegt darin, daß *jeder Miterbe*, wenn er auch zunächst nur auf einen Theil eingesetzt ist, von selbst und nothwendig *eventuell Rechtsnachfolger auf den gesammten Nachlaß* ist.[5]

---

im Archiv für civ. Praxis Bd. 57 n. 9; Krieg, Delation der Erbschaft im Fall einer Todtgeburt 1876; Strohal, Transmission pendente condicione 1879 S. 90; Hofmann, krit. Studien n. 3, 5.

2) Gewöhnlich wird die Akkrescenz derzeit in die Lehre vom Erwerb der Erbschaft gestellt. So von Arndts § 518, Windscheid Bd. 3 §§ 603 und 604. Dieser Standpunkt ist nicht richtig. Das Recht auf die Erbschaft wächst, die Berufung wächst, und um deswillen vergrößert sich auch das Erworbene.

3) Dies hat Brinz Bd. 3 S. 167 besonders betont.

4) l. 6 C. de impuberum et aliis substit. 6, 26 und die bei Brinz a. a. O. angeführten Stellen.

5) Ueber die richtige Formulirung des Grundgedankens streiten die neueren.

Und dies wiederum erklärt sich daraus, daß der Zweck und Grundgedanke der Beerbung eine vollständige Repräsentation des Erblassers fordert.

Daher tritt die Akkrescenz nothwendig ein:

a) auch gegen den Willen des Erblassers. So wenig derselbe seine Beerbung überhaupt ausschließen kann, so wenig kann er sie endgültig auf eine bloße Quote des Nachlasses beschränken. Wohl aber kann er ihren Eintritt dadurch verhüten, daß er durch Substitutionen dafür sorgt, daß keine Portionen vakant werden. Denn Substitutionen wie auch Transmissionen gehen der Akkrescenz vor.

Ferner kann der Erblasser die Akkrescenz bis zu einem gewissen Grade nach seinem Willen reguliren, indem er einzelnen Erben ein engeres Akkrescenzrecht verleiht.

b) Die Akkrescenz ist nicht minder eine Nothwendigkeit für den Erben.

Sie bildet keine selbständige Berufung. Daher muß der Miterbe, welcher seine Urportion erwarb, die Erledigung der anwachsenden Portion nicht erleben. Vielmehr vollzieht sie sich als eine rechtliche Nothwendigkeit auch bei seinen Erben. Daher pflegt man zu sagen „portio portioni accrescit.“ [6]

Der Akkrescenzerbe kann die Anwachsung auch nicht zurückweisen, wenn sie ihm etwa wegen Ueberschuldung der Erbschaft nachtheilig sein sollte, vorausgesetzt natürlich, daß er seine Urportion bereits erwarb.

Dies leidet aber Modifikationen, wenn sein Miterbe seine Portion nach Civilrecht erworben hat und nur nach prätorischem Rechte derselben wieder ledig wurde. Hier soll, was dem einen billig ist, dem anderen nicht unbillig werden.[7] [8]

Die verschiedenen Ansichten stellt zusammen Hofmann, kritische Studien S. 65. Gegen die Auffassung, daß die Miterben eventuell auf das Ganze berufen seien, welche die faßlichste und einfachste ist, hat man eingewendet, „eventuell“ sei soviel als „bedingt“. Als bedingt berufen werde aber der Akkrescenzerbe nicht behandelt. Es handelt sich indessen nicht um eine Bedingung im engeren Sinne, sondern bloß um eine s. g. condicio juris.

6) l. 2 § 8 D. de b. p. s. t. 37, 11, l. 31 D. de a. v. o. her. 29, 2, l. un. § 10a C. de caducis tol. 6, 51.

7) Hat nämlich, wer seine Portion als nothwendiger Erbe erwarb, sich von derselben abstinirt, nachdem der Miterbe, dem in Folge dessen akkresciren soll, seine Portion bereits angetreten hat, so soll der letztere durch die Rechtswohlthat nicht leiden, welche dem ersteren gewährt wird. Vielmehr erhält er nunmehr gleichfalls ein Abstentionsrecht von der ganzen Erbschaft, also sowohl von seiner Urportion wie von der anwachsenden, sofern ihn die Gläubiger der durch Abstention erledigten Portion wegen der auf derselben lastenden Schulden als Akkrescenzerben in Anspruch nehmen. l. 55. l. 56, l. 38 D. de a. vel o. her. 29, 2.

8) Ist ein Miterbe gegen den Erbschaftsantritt restituirt und kommt es aus

§ 92. Die Akkrescenz unter testamentarischen Miterben.

Was insbesondere die Akkrescenz unter testamentarischen Miterben anlangt, so ist zu beachten:

1. In der klassischen Kaiserzeit war dieselbe durch die lex Papia Poppaea in positiver und willkürlicher Weise eingeschränkt und besonders gestaltet.

Denn dieses Gesetz erklärte für caducum und theilte den im Testamente genannten bekinderten Personen, eventuell aber dem Fiskus die Erbportionen zu, welche dadurch vakant wurden, daß der testamentarische Theilerbe *vor der Eröffnung des Testamentes* verstarb oder Peregrine wurde.[1] Im justinianischen Rechte ist dies zwar aufgehoben,[2] jedoch nicht ohne Nachwirkungen zu hinterlassen.

2. Was die Lasten der ausfallenden Portion anlangt, so hatte sie von jeher der Vindikant des caducum zu tragen.[3]

Seit Sever nahm man aber auch an, daß *der Akkrescenzerbe* ebenso wie ein Substitut die *Lasten*, welche dem weggefallenen Miterben *persönlich* aufgelegt waren, gleich als seien sie auch ihm aufgelegt, zu berichtigen habe.[4]

Ob dies auch für den Fall gelte, daß der Miterbe von Anfang ungültig ernannt war, ist Streitfrage. Doch spricht die Konsequenz für die Bejahung.[5]

---

diesem Grunde nachträglich zu einer Akkrescenz der durch die Restitution ledig gewordenen Portion an dessen Miterben, so kann dieser die Anwachsung einfach zurückweisen, l. 61 D. de a. vel o. her. 29, 2. Ueber die Anm. 7 und 8 gedachten Fälle vgl. Schmidt von Ilmenau Abh. I S. 63, Puchta in den kleinen civ. Schriften n. 31 S. 552.

1) Ulpian. fragm. XVII § 1. Vgl. über die Kaducität die bei Vangerow Bd. 2 § 496 Anm. 1 citirten.

2) l. un. C. de caducis tollendis 6, 51 vom Jahre 534. Schon in den Pandekten ist nach Geheiß Justinians nichts von caduca enthalten. Const. tanta l. 2 § 6b C. de vetere jure enucleando 1, 17. Vangerow a. a. O. Bd. 2 S. 318.

3) Ulpian. fragm. XVII § 3. Caduca cum suo onere fiunt.

4) Das alte Recht, wonach der Akkrescenzerbe die dem Ausgefallenen „nominatim“ aufgelegten Vermächtnisse nicht zu tragen hatte, lehrt Celsus l. 29 § 1 und 2 D. de leg. II. Seine Entscheidung ist von den Kompilatoren aus Versehen in die Pandekten aufgenommen. Dagegen wendete Ulpian das Reskript von Sever bezüglich der Substituten auf die Akkrescenzerben an l. 61 § 1 D. de leg. II. Hiervon geht auch Justinian aus l. un. § 4 C. de caducis toll. 6, 51.

5) Für das Gegentheil führt man an l. un. § 3 und § 9 C. de caducis toll. 6, 51. Die hier vertheidigte Ansicht theilen Francke, Beiträge S. 121, Arndts bei Glück Bd. 47 S. 270, Windscheid Bd. 3 § 603 Anm. 16; dagegen ist Vangerow Bd. 2 § 496 Anm. 3 n. V.

3. Durch Zusammenrufen — conjunctio — begründet der Erblasser ein specielles Akkrescenzrecht unter den Verbundenen.

Wie sich die Zusammenberufenen in die ihnen insgesammt zugewiesene Portion zu theilen haben, wenn sie sämmtlich erwerben,[6] also wachsen ihnen die erledigten Antheile ihrer Konkurrenten zunächst zu.

Auch bei der speciellen Akkrescenz kann nur eine sachliche Verbindung, d. h. eine Berufung auf dieselbe Portion in Betracht kommen.

Es macht keinen Unterschied, ob dieselbe in demselben Satze — re et verbis — oder in verschiedenen Sätzen — re tantum — geschah.

Aber eine bloß sprachliche Verbindung — verbis tantum conjunctio — ohne Berufung auf dieselbe Portion ist auch hier ohne rechtliche Bedeutung.[7]

4. Soweit ein specielles Anwachsungsrecht nicht besteht, tritt das allgemeine ein, und zwar nach Verhältniß der Erbportionen der Miterben.

Die unter sich speciell verbundenen nehmen natürlich an dem allgemeinen Anwachsungsrechte Theil.

Fünftes Kapitel.

Ungültigkeit der Testamente.

§ 93. 1. Nichtigkeit und Vernichtung der Testamente im allgemeinen.[1]

Testamente sind ohne Wirkung, entweder weil sie von vornherein nichtig waren — t. nullum — oder weil sie nachträglich vernichtet wurden. Ein erheblicher Unterschied zwischen beidem ist, daß die von Anfang an nichtigen Testamente, wie wenn nichts vor-

6) Oben Bd. 3 § 86 Anm. 4 ff.

7) Dies ist die heutzutage herrschende Meinung, welche namentlich Vangerow in überzeugender Weise ausgeführt hat, Bd. 2 § 496 S. 322. Manche freilich geben gerade nur den „verbis tantum conjuncti" das specielle Akkrescenzrecht. Gewiß hatten sie dereinst bei der caducorum vindicatio ein Vorzugsrecht, was bei dem willkürlichen Charakter derselben begreiflich, ein vorzugsweises Akkrescenzrecht hatten sie nicht. Das beweist namentlich die l. 67 D. de her. inst. 28, 5. An dieser klaren Entscheidung ist um so mehr festzuhalten, als ihr Resultat allein innerlich und logisch gerechtfertigt ist.

1) Tit. Inst. quibus modis testamenta infirmantur 2, 17, Tit. Dig. de injusto rupto irrito facto testamento 28, 3.

gegangen wäre, ältere Teſtamente des Erblaſſers nicht berühren,[2] während Teſtamente, die gültig errichtet ſind, früher verfertigte Teſtamente aufheben, wobei es verbleibt, auch wenn ſie ſelbſt nachträglich ungültig werden.[3]

1. Von Anfang nichtig ſind insbeſondere Teſtamente,[4] wenn dem Erblaſſer Recht oder Fähigkeit zu teſtiren fehlte, ſowie dann, wenn die Solennitäten der Errichtung nicht gewahrt ſind.

Jeder Mangel an weſentlichen Formalitäten, ob groß oder klein, macht das Teſtament nichtig; die Nichtachtung von bloß inſtruktionellen Vorſchriften für die Errichtung aber ſtellt es nicht in Frage.

2. Teſtamente werden nachträglich vernichtet:

a) wenn der Erblaſſer das Recht, ein Teſtament zu hinterlaſſen, verliert — t. irritum —, was heutzutage nur ſo vorkommen kann, daß er durch Arrogation oder Legitimation in eine väterliche Gewalt kommt.[5]

Das Teſtament erhält jedoch auf's neue Kraft, wenn der Erblaſſer durch Wiederaufhebung der Gewalt das Teſtamentsrecht zurückerlangt.[6]

---

2) § 2 J. h. t. 2, 17, l. 2 D. h. t. 28, 3. Ueber die dort erwähnte Modifikation ſiehe unten § 94 Anm. 5.

3) Eine Ausnahme tritt ein, wenn der Erblaſſer nach Errichtung eines Teſtamentes ein anderes an deſſen Stelle macht, daſſelbe dann aber abſichtlich zerſtört, um das frühere wieder in Kraft treten zu laſſen. Denn obgleich das erſte Teſtament durch Errichtung des zweiten aufgehoben iſt, wurde dennoch aus ihm in dieſem Falle eine bonorum possessio cum re gegeben, l. 11 § 2 D. de bonorum possessione secundum tabulas 37, 11.

4) l. 4 D. qui testamenta facere 28, 1.

5) §§ 4, 5 J. h. t. 2, 17.

6) Dies ſpricht unverklauſulirt § 6 J. h. t. 2, 17 aus, und es ſtimmen damit auch l. 1 § 8 D. de bon. poss. secundum tab. 37, 11 und l. 8 § 3 D. de jure codicillorum 29, 7. Jedoch finden ſich zahlreiche, mit der praktiſchen Bedeutung des Punktes nicht im Verhältniſſe ſtehende Streitfragen und eine überreiche Litteratur, die bei Windſcheid Bd. 3 § 563 Anm. 7 zu erſehen iſt. a) Die in ſolchem Falle ertheilte bonorum possessio war zur Zeit von Gajus den Inteſtaterben gegenüber sine re, Gajus Inst. II §§ 147—149. Daß dies nicht juſtinianiſches Recht ſein ſollte, erhellt eben daraus, daß nur § 147, nicht aber §§ 148 und 149 cit. in die Inſtitutionen Juſtinians § 6 J. h. t. 2, 17 übernommen wurden. Die Reminiscenz in l. 12 pr. in fine D. h. t. 28, 3 beweiſt dagegen nichts. b) Papinian forderte in der l. 11 § 2 D. h. t. de bon. poss. sec. tab. 37, 11. weil der Arrogirte „dando se in alienam familiam cum capite fortunas quoque in familiam et domum alienam transferat", wenn er nun doch gewaltfrei geworden nach ſeinem Teſtamente verſterben wollte, ein Beſtätigung deſſelben, weil er es, indem er ſich arrogiren ließ, gleichſam zurückgenommen hatte. In das juſtinianiſche Recht paßt dies wenig, da hiernach das Vermögen des Arrogirten nicht mehr dem Arrogirenden zugewendet wird, ſondern dem Arrogirten verbleibt. Die Aufnahme der Erörterung Papinians in die Kompilation iſt daher nicht folgerecht. Man hat ſich vielmehr an die Inſtitutionenſtelle zu halten. Es iſt hiernach nicht geltendes Recht, daß das ältere Teſtament deſſen, der ſich arrogiren ließ, nur dann rechtsbeſtändig ſei, wenn er es nach hergeſtellter Selbſtändigkeit beſonders beſtätigte.

b) Das Testament fällt ferner zusammen, wenn keiner der eingesetzten Erben aus ihm Erbe wird — t. destitutum —,[7] sowie endlich

c) durch rechtsgültige Willenserklärung des Erblassers — t. ruptum.

d) Nach klassischem Rechte war das Testament von vornherein nichtig, wenn die Notherben nicht gehörig berücksichtigt waren, und wurde durch das spätere Anwachsen eines postumus, der nicht im Testamente beachtet war, nachträglich vernichtet — ruptum. Wie es sich im justinianischen Rechte mit den Ansprüchen von Ascendenten und Descendenten des Erblassers verhält, ist später zu untersuchen.

Nicht bloß Nichtigkeit, auch Anfechtbarkeit ist möglich, insbesondere wegen Indignität des Erben, sowie wegen Verletzung des Pflichttheilsrechtes naher Verwandter.

§ 94. 2. Widerruf der Testamente.

Der Erblasser kann sein Testament jederzeit widerrufen.[1] Aber formlose Erklärungen genügen hierzu nicht.[2]

1. Die Aufhebung geschieht vor allem durch *Errichtung eines neuen rechtsbeständigen Testamentes*.[3] Dies war ursprünglich die einzige Weise des Widerrufes.

---

7) Auf Grund der nov. 1 cap. 2 in fine vertheidigt Löhr im Archiv für civ. Praxis Bd. 5 n. 15 den Satz, daß im Falle der Repudiation aller Testamentserben Universalfideikommissare, Legatare u. s. w. die Erbschaft als Testamentserben an sich ziehen könnten, so daß erst in Ermangelung aller dieser die Intestaterbschaft eröffnet werde. Hiergegen vgl. Vangerow Bd. 2 § 459 S. 198. Selbst wenn die Auslegung der Novelle 1 von Löhr begründet wäre, so könnte sie gegenüber der festen Theorie und Praxis seit Jahrhunderten unmöglich praktische Anerkennung finden.

1) Vgl. oben Bd. 3 § 66 Anm. 13 und 14.

2) Vgl. Paul Krüger, krit. Versuche 1870 n. 1, dazu Leist bei Glück bon. possessio Bd. 4 S. 140 und wiederum Krüger, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 14 S. 53. Krüger behauptet, Versuche S. 28 und S. 35, daß in der Regel schon der formlose Widerruf eine exceptio doli gegen den eingesetzten Erben begründet habe. Er hat aber nicht bewiesen, daß das spätere römische Recht zu solcher Zersetzung der Form vorgeschritten sei. Allerdings ließ das klassische Recht formlosen Widerruf von *Vermächtnissen* zu, wozu er durch die allmählig fortschreitende Assimilirung von Legaten und Fideikommissen gedrängt war. Aber gerade in dieser Hinsicht werden Vermächtnisse und Erbeinsetzungen in scharfen Gegensatz gestellt. l. 36 § 3 D. de testamento militis 29. 1, l. 22 D. de adimendis legatis 34, 4. Die von Krüger wieder in den Vordergrund gestellte l. 4 § 10 D. de doli mali exc. 44. 4 handelt von *Legaten*, denn nur bei einem solchen sprach man von einem „petere ex testamento". Sie macht nur die besondere Anwendung, daß auch der *Erbe*, welcher von einem Miterben ein zurückgenommenes *Legat* fordert, durch exceptio doli zurückgewiesen wird. Vgl. l. 4 cit. § 11. Noch weniger überzeugend ist l. 1 § 8 D. si tabulae nulla exstabunt 38. 6, wo sich „alia ratione voluntatem mutavit" nur als „Zerstörung der Urkunde in anderer Weise" dem Zusammenhang nach erklären läßt. Vgl. Vangerow Bd. 2 § 460 IV S. 209.

3) § 2 J. h. t. 2, 17, l. 11, l. 16 D. de injusto 28, 3. Nur Soldaten konnten

Das ſpätere Teſtament beſeitigt nothwendig das alte, auch wenn der Teſtator dies nicht erklärt hat, und wenn die Teſtamente ihrem Inhalte nach an ſich mit einander verträglich wären.[4]

Ein ſpäteres Teſtament, welches nicht vollſtändig ſolenniſirt iſt — t. imperfectum —, hebt in der Regel das früher errichtete nicht auf. Dies leidet eine Ausnahme, wenn der Teſtator mit der Solenniſirung einer Schrift begonnen hat, in welcher er ſeine Inteſtaterben zu Erben einſetzte und den Akt unfreiwillig unvollendet ließ. Es gilt dann die Inteſtaterbſchaft als eröffnet.[5]

2. Wenn der Teſtator in Abſicht des Widerrufes ſein Teſtament zerſtört, oder die Namen ſämmtlicher eingeſetzten Erben durchſtreicht, ſo iſt es gleichfalls aufgehoben.

Zerſtörung der Urkunde, ohne Abſicht der Aufhebung, berührt den Rechtsbeſtand des Teſtamentes nicht.[6]

3. Widerruf vor drei Zeugen oder zu gerichtlichem Protokoll hebt das Teſtament auf, ſofern hinzukommt, daß es über zehn Jahre alt iſt.[7]

4. Gemeinrechtlich werden Teſtamente durch Widerrufserklärung

---

mehrere ſucceſſive errichtete Teſtamente hinterlaſſen, welche zuſammen gültig waren, l. 19 D. de testamento militis 29, 1. Ueber den hiſtoriſchen Grund des Rechtsſatzes vgl. oben Bd. 3 § 57 S. 99.

4) Wenn ſich in den Beſtimmungen des ſpäteren Teſtamentes die Abſicht ausſpricht, daß die Verfügungen des früheren Teſtamentes, ſoweit ſie nicht modificirt ſind, fort gelten ſollen, ſo werden dieſelben als fideikommiſſariſche erhalten. Ein wichtiges Beiſpiel ſiehe oben Bd. 3 § 87 Anm. 5.

5) In der klaſſiſchen Zeit verſtand man unter dem testamentum non perfectum ein ſ. g. prätoriſches — oben Bd. 3 § 69 Ziff. 3 —, bei welchem mancipatio und nuncupatio testamenti fehlten. Hierauf bezog ſich urſprünglich l. 2 D. de injusto test. 28, 3. In der chriſtlichen Kaiſerzeit dagegen bezeichnete man als testamentum imperfectum ein begonnenes, welchem noch Unterſchrift und Beſiegelung durch die Zeugen fehlen, nov. Theodosii de testamentis XVI § 7 und hiernach l. 21 § 5 C. de testamentis 6, 23. Vgl. Vangerow Bd. 2 § 460 S. 204, Fein bei Glück Bd. 45 S. 237.

6) Tit. Dig. de his quae in testamento delentur 28, 4. l. 2 § 7. l. 8 § 3 D. de bon. poss. secundum tabulas 37, 11, l. 1 § 8 D. si tabulae test. 38, 6. Die Inteſtaterben müſſen beweiſen, daß die Vernichtung in der Abſicht der Aufhebung des Teſtamentes geſchah. Exiſtirte das Teſtament in mehreren Originalen, ſo genügt unter derſelben Vorausſetzung auch die Zerſtörung einer Urkunde, l. 4 D. h. t. 28, 4, A.G. Bd. 4 S. 184. Die Zerſtörung einer Abſchrift und bei mündlichem Teſtament die Vernichtung der aufgenommenen Beweisurkunde enthält keine Aufhebung des Teſtamentes. Die hiſtoriſche Geneſis dieſer Form des Widerrufes erhellt aus Gajus Inst. II § 151; vgl. hierzu Krüger, Verſuche a. a. O., Schirmer in der Zeitſchrift für Rechtsgeſch. n. F. Bd. 7 Röm. Abth. Heft 1 S. 1 und Krüger ebendaſelbſt Heft 2 S. 91. Ueber die Legate im zerſtörten Teſtamente ſiehe unten § 105.

7) Honorius und Theodoſius verordneten im Jahre 418, daß Teſtamente kraftlos werden ſollten, wenn der Teſtator die Errichtung 10 Jahre überlebe, l. 4 C. Theod. de testamentis 4, 4. Nach der l. 27 C. de testamentis 6, 23 von Juſtinian ſoll dies aber nur gelten, wenn der Teſtator innerhalb oder nach den 10 Jahren den Widerruf vor 3 Zeugen oder gerichtlich erklärt.

in Testamentsform auch aufgehoben, wenn sie nicht ausdrücklich mit der Einsetzung von Erben verbunden ist.[8]

§ 95. 3. Die Kodicillarklausel.[1]

Der Erblasser hat ein Schutzmittel gegen die Gefahr der Vereitelung seines Testamentes wegen Ungültigkeit[2] in der Kodicillarklausel, d. h. der Erklärung, daß dasselbe eventuell als Kodicill gelten solle.

In der Regel ist darunter ein Intestatkodicill verstanden, unter Umständen aber ein testamentarisches Kodicill.[3]

Tritt die Kodicillarklausel in Wirksamkeit, so verwandeln sich die Erbeseinsetzungen in Universalvermächtnisse,[4] die Vermächtnisse bleiben bestehen, so jedoch, daß möglicherweise nach dem Zusammenhang der Verfügungen ein anderer als onerirt anzusehen ist, wie wenn das Testament bei Kräften bliebe.[5]

Damit sich der letzte Wille in ein Kodicill umwandele und in dieser Rechtsform gültig sei, ist gefordert:

1. daß der Testator hierzu durch eine Kodicillarklausel ermächtigte. Subintelligirt wird diese Klausel in der Regel nicht.[6]

---

8) Das ist zwar nicht im römischen Rechte ausgesprochen, aber eine folgerechte Fortbildung desselben, denn der Testator erklärt durch den Widerruf in Testamentsform, daß die Intestaterben seine Erben sein sollen. Es kann nichts mehr darauf ankommen, ob er sie ausdrücklich zu seinen Erben ernennt, vgl. oben Bd. 3 § 77 Anm. 3. Auch die älteren Praktiker theilen die Ansicht überwiegend, daß der in Testamentsform erklärte Widerruf Geltung habe. So Voet ad Pand. tit. 28, 3 n. 1, Carpzov, jurispr. for. III const. 5 def. 27; dagegen freilich Lauterbach, collegium theoretico-pract. Pand. lib. 18 tit. 3 § 13.

1) Ueber die Kodicillarklausel vgl. Fein bei Glück Bd. 45 S. 184; Bangerow Bd. 2 § 527; Coels, d. L. v. d. f. g. Konversion eines unwirksamen Testamentes in ein wirksames Kodicill 1879.

2) Ungültig ist hier in dem weiten Sinne genommen, von dem oben Bd. 1 § 120 Anm. 1 die Rede war, z. B. auch bei Ausfall einer Bedingung der Erbeinsetzung.

3) Vgl. Fein a. a. O. Bd. 45 S. 264.

4) l. 88 § 17 D. de leg. II, l. 2 § 4 D. de jure cod. 29, 7.

5) In der Regel bleiben sie zu Lasten der als Erben eingesetzten, wenn dieselben Universalfideikommissare werden. Windscheid Bd. 3 § 631 Anm. 4.

6) In früheren Jahrhunderten wurde meist gelehrt, daß die Kodicillarklausel subintelligirt werde. Vgl. insbesondere Alef, de otio clausulae codicillaris in quovis testamento 1750. Es läßt sich auch nicht leugnen, daß dies der modernen Anschauung entspricht. Testatoren, welche die Meinung haben, daß ihr Testament entweder gerade so gelten solle wie es geplant ist, oder gar nicht, und welche ihren Testamentserben die Rückzugslinie auf das Universalfideikommiß abschneiden wollen, mögen auch in Deutschland vorkommen, sie sind aber gewiß sehr selten. Es ist jedoch zweifellos, daß man in Rom die Klausel nicht subintelligirte. Am unzweideutigsten spricht dies l. 41 § 3 D. de vulg. et pupillari substit. 28, 6 aus. Hiernach ist

Doch ist keine besondere Formel nöthig, jede Willensäußerung genügt.[7]

2. daß die Rechtsbedingungen eines gültigen Kodicilles vorhanden sind. Der Erblasser muß also die Testirfähigkeit besitzen, sein Wille muß ein entschiedener sein und es müssen namentlich die Formen eines Kodicilles vorhanden sein.

3. Die Kodicillarklausel gewährt nur Schutz gegen solche Thatsachen, die Kodicillen nicht entgegentreten.

Widerruft der Erblasser also seine Disposition, so wird sie durch die Kodicillarklausel nicht gerettet.[8] [9]

4. Will der als Erbe eingesetzte die Rechtshülfe der Kodicillarklausel, so muß er dies erklären. Hat er sich einmal gerichtlich als Erbe oder als Universalfideikommissar erklärt, so soll seine Wahl unabänderlich sein. Nur Descendenten und Ascendenten des Erblassers

---

denn die neuere gemeinrechtliche Theorie darüber einstimmig, daß es einer besonderen Erklärung des Testators bedürfe. Auch die Praxis hat sich dem angeschlossen. Vgl. Fein a. a. O. Bd. 45 S. 191. Ueber Fälle, in welchen die Kodicillarklausel vermuthet wird, siehe ebendaselbst S. 254.

7) Die gewöhnliche Fassung in den deutschen Testamenten war und ist im wesentlichen noch jetzt: „Dafern aber dieses mein Testament einiger Ursachen und Mängel halber von Rechtswegen nicht als ein solenner zierlicher letzter Wille oder zu Recht bestehendes Testament gelten oder kräftig sein sollte, so will ich doch, daß solches als ein testamentum nuncupativum, Kodicill, Fideikommiß, donatio mortis causa oder wie es sonst immer den Rechten nach am besten geschehen kann, gelten und kräftig sein soll." Zuweilen aber machten es sich die Notare bequem und setzten dem Testamente nur hinzu „dafern aber et cet.". So entstand die Frage, ob diese s. g. clausula ceterata als Kodicillarklausel zu erachten sei, was übrigens zweifelsohne zu bejahen war. Schon in Rom entnahm man die Kodicillarklausel aus Wendungen jeder Art, aus denen sich ergab, daß der Testator mehr auf die Verwirklichung des materiellen seiner Bestimmungen als auf die Rechtsform, in der sie sich verwirklichten, Gewicht legte, l. 88 § 17 D. de leg. II. Scaevola libro 3 Digestorum: „Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi sine ullo juris perito rationem animi mei potius secutus, quam nimiam et miseram diligentiam: et si minus aliquid legitime minusve perite fecero, pro jure legitimo haberi debet hominis sani voluntas" deinde heredes instituit. quaesitum est intestati ejus bonorum possessione petita, an portiones adscriptae ex causa fideicommissi peti possunt. respondi secundum ea quae proponerentur posse.

8) Natürlich kann der Erblasser seine Verfügung auch bloß, soweit sie Testament ist, zurücknehmen, sie aber, soweit sie eventuell Kodicill ist, bestehen lassen. Es wird dies aber nur selten vorkommen. Widerruft er „sein Testament" ohne weiteren Zusatz, so ist darin, wenn nicht besondere Gründe für das Gegentheil sprechen, auch Zurücknahme der Kodicillarklausel zu finden.

9) Wenn ein pflichtwidriges Testament, nachdem der Testamentserbe aus demselben antrat, mit der querella inofficiosi testamenti rescindirt wurde, so kann der überwundene Erbe nun nicht mehr auf die Kodicillarklausel, mit welcher das Testament versehen war, zurückkommen, denn das Testament gilt nun ihm gegenüber als das eines Wahnsinnigen. Dies bezeugt l. 13 D. de inofficioso testamento 5, 2, l. 36 D. de leg. III. Wohl aber kann der Erbe sich von vornherein auf die Kodicillarklausel zurückziehen, wenn er noch nicht als Testamentserbe antrat. Vgl. Bangerow Bd. 2 § 527 Anm. 2 S. 448 und dort citirte. R.G. Bd. 14 S. 190.

bis zum 4. Grad agnatischer und 3. Grad kognatischer Verwandtschaft haben das Recht beliebiger Aenderung ihres Entschlusses.[10]

§ 96. 4. Urtheil und Vergleich über die Rechtsbeständigkeit des Testamentes.

Entsteht Streit über die Rechtsbeständigkeit eines Testamentes, so wird er in der Regel zwischen den angeblichen Testamentserben und Intestaterben ausgetragen, denn die ersteren sind am meisten bei der Vertheidigung, die letzteren bei der Bekämpfung des Testamentes interessirt.

Die Geltung des Testamentes berührt aber einen weiten Kreis von anderen Personen, insbesondere Legatare, Erbschaftsgläubiger und Erbschaftsschuldner.

Daher fragt es sich, ob die rechtskräftigen Urtheile und Vergleiche zwischen den Erbschaftsprätendenten für die Rechtsverhältnisse jener anderen Personen bestimmend sind. Strenges Recht und abstrakte Logik führen zur Verneinung, denn Urtheile und Vergleiche zwischen Parteien berühren an sich andere, die nicht zugezogen, nicht. Immerhin sprechen praktische Erwägungen dafür, was unter den Erbprätendenten festgestellt ist, möglichst auch für und gegen die sekundär Betheiligten zur Geltung zu bringen, weil sich sonst zahlreiche Prozesse mit verschiedenem Ausgange und höchst unglückliche Komplikationen entwickeln können.

So wird das Recht dazu gedrängt, zwischen den Anforderungen strenger Rechtskonsequenz und denen des praktischen Lebens zu vermitteln.

1. Ist ein rechtskräftiges Urtheil zwischen dem Testamentserben und dem Intestaterben ergangen, so gelten folgende Sätze:

a) Wer obsiegt, kann von den Erbschaftsgläubigern als Erbe in Anspruch genommen werden, und wenn der Testamentserbe den Prozeß gewinnt, können ihn auch die Legatare belangen. Es ist also dem, welcher die Eigenschaft als Erbe im Erbschaftsprozesse behauptete und erstritt, nicht verstattet, diese Eigenschaft, wenn er nun von den

---

10) l. 8 C. de codicillis 6, 36 Die Verordnung sollte Prozesse abschneiden, thut dies aber in wenig zweckmäßiger Weise. Sie ist eine harte und der Absicht des Erblassers nicht entsprechende. Man hat daher vielfache Beschränkungen gesucht. Vgl. J. A. Seuffert, einige Bemerkungen über die Kodicillarklausel 1828, Fein Bd. 45 S. 279. Vgl. auch R.G. Bd. 11 S. 232. Die Unterscheidung zwischen agnatischen und kognatischen Verwandten ist höchst sonderbar, sie wird nicht leicht praktisch werden.

Gläubigern belangt wird, hinterher zu verleugnen.[1] Auch die Erbschaftsschuldner werden sich nicht entbrechen können, das Judikat zwischen den Erbschaftsprätendenten anzuerkennen.[2]

b) Ist rechtskräftig dem Testamente seine Gültigkeit aberkannt, so wirkt dies auch gegen die Legatare, da eben das Testament praktisch seine Kraft verlor. Vorausgesetzt ist, daß der Testamentserbe im Prozesse mit dem Intestaterben kontradiktorisch verhandelte und nicht bloß in Folge seiner Kontumaz verurtheilt ist, und daß keine Kollusion zwischen den Erbschaftsprätendenten nachweisbar ist. Die Legatare sind berechtigt, in dem Erbschaftsstreite zu interveniren und so dessen Ausgang mitzubestimmen.[3]

c) Es ist anzunehmen, daß die Erbschaftsgläubiger wegen ihrer Forderungen den Sieger nicht nur belangen dürfen, sondern dies müssen, wenn sie nicht ein materielles Interesse, z. B. wegen Insolvenz des Siegers, nachweisen können, welches sie nöthigt, sich an den Besiegten zu halten. Entscheiden sie sich hierfür, so belasten sie sich natürlich auch mit dem Nachweise, daß der Besiegte in der That der Erbe und also ihr Schuldner sei.[4]

2. Analoge, wenn auch weniger weittragende Sätze treten ein, wenn sich die Erbprätendenten über die Geltung des Testamentes verglichen haben.

a) Die Erbschaftsgläubiger sind berechtigt, sich an die Erbschaftsprätendenten zu dem Theile der Erbschaft zu halten, welcher denselben im Vergleiche zuerkannt ist. Die Legatare sind nicht minder befugt, den, welchem vergleichsweise ein Theil der Erbschaft als Testamentserbe zuerkannt wurde, für diesen Theil in Anspruch zu nehmen.[5]

b) Dagegen kann den Legataren der Vergleich zwischen dem Testamentserben und dem Intestaterben, wodurch dem ersteren die

---

1) l. 50 § 1 D. de leg. I.

2) arg. l. 15 § 1 D. de inoff. test. 5, 2.

3) l. 50 § 1 D. de leg. I, l. 3 pr. D. de pign. 20, 1, l. 14 D. de appell. 49, 1.

4) Anderer Ansicht einerseits Savigny Bd. 6 S. 475 und andererseits Windscheid Bd. 1 § 132 Anm. 9.

5) l. 14 D. de transactionibus 2, 15. Scaevola libro 2 responsorum: Controversia inter legitimum et scriptum heredem orta est eaque transactione facta certa lege finita est: quaero creditores quem convenire possunt? respondit, si idem creditores essent qui transactionem fecissent, id observandum de aere alieno, quod inter eos convenisset: si alii creditores essent propter incertum successionis pro parte hereditatis, quam uterque in transactione expresserit, utilibus actionibus conveniendus est.

Erbschaft ganz oder theilweise abgesprochen wurde, nicht entgegengehalten werden, wenn sie ihm nicht beigetreten sind. Denn durch Vertrag des Testamentserben können materielle Rechte der Legatare nicht einseitig verkürzt werden.[6]

c) Die Erbschaftsgläubiger haben sich in erster Linie nach dem Vergleiche zu richten. Soweit aber ihre Rechte hierdurch materiell leiden würden, steht auch ihnen frei, sich über den Vergleich wegzusetzen und den richtigen Erben zu belangen.[7 8]

§ 97. 5. Korrespektive Testamente.[1]

Korrespektive Testamente zeichnen sich namentlich dadurch aus, daß sie aus Gründen ihre Kraft verlieren, welche Testamente anderer Art nicht berühren würden, und daß sie Aufhebungsgründen unzugänglich sind, welche andere Testamente entkräften würden.

Es sind nämlich korrespektiv Testamente mehrerer zusammen testirender Erblasser, welche sich gegenseitig bedenken und deren Anordnungen sich gegenseitig bedingen.[2 3]

---

6) l. 3 pr. D. eod. 2, 15. Scaevola libro 1 digestorum: Imperatores Antoninus et Verus ita rescripserunt: „Privatis pactionibus non dubium est non laedi jus ceterorum: quare transactione quae inter heredem et matrem defuncti facta est neque testamentum rescissum videri posse, neque manumissis vel legatariis actiones suae ademptae. quare quidquid ex testamento petunt, scriptum heredem convenire debent, qui in transactione hereditatis aut cavit sibi pro oneribus hereditatis, aut si non cavit, non debet neglegentiam suam ad alienam injuriam referre."

7) Uebrigens differiren die Ansichten sehr, vgl. Vangerow Bd. 2 § 457; Windscheid Bd. 3 § 566; Dedekind, die Anerkennung gültiger letztwilliger Verfügungen 1872; Brinz Bd. 3 § 379 S. 117.

8) Die hier vertretenen Grundsätze sind entsprechend im Falle eines Streites zwischen mehreren Intestaterben oder angeblichen Testamentserben anzuwenden.

1) Die ältere Litteratur siehe bei Glück Bd. 35 S. 50 und Mühlenbruch bei Glück Bd. 38 S. 214, vgl. ferner Buchka in d. Zeitschrift f. deutsches Recht Bd. 12 S. 210; G. Hartmann, z. L. v. d. Erbverträgen und den gemeinschaftlichen Testamenten 1860 S. 85; Göz im Archiv f. civ. Praxis Bd. 54 n. 8; Heinzerling im Archiv f. prakt. Rechtswissenschaft n. F. Bd. 10 S. 254, S. 337.

2) Eine bei Testamenten von Ehegatten häufige Formel ist: „daß der Ueberlebende einziger Erbe sein, nach dessen Tode aber das gesammte Vermögen der Ehegatten ohne Unterschied, ob es vom Mann oder der Frau herrührt, unter ihre beiderseitigen nächsten Verwandten zu gleichen Theilen getheilt sein soll." — Ein Hauptzweck ist meist, daß nachdem die Ehe mehr oder minder lange gedauert hat und das, was jedem der Ehegatten gehört, schwer auszumitteln ist, die zeitraubende und zu Prozessen führende Frage hiernach nach dem Tode des Längstlebenden dadurch ausgeschlossen werden soll, daß der gesammte Nachlaß unter die beiderseitigen Verwandten nach Quoten geteilt wird.

3) Windscheid Bd. 3 § 568 Anm. 5 behauptet: „Die Kategorie, welche hier zur

Derartige Testamente waren dem römischen Rechte fremd. Sie verdanken ihren Ursprung deutscher Sitte. Vorzugsweise kommen sie unter Ehegatten vor; unter anderen Personen sind sie möglich, aber selten; doch giebt es Beispiele von Testamenten dieser Art unter Geschwistern.

Korrespektive Testamente sind von gegenseitigen Erbverträgen verschieden. Sie sind wahre Testamente. Dennoch liegt in ihnen ein Vertragselement, wie sich ergeben wird.

1. Dem korrespektiven Testamente wesentlich ist, daß die Mittestatoren gemeinsam in einem Akte testiren.

Gemeinrechtlich sind gemeinsame Testamente — simultanea — überhaupt als nicht verboten zulässig, obgleich eine solche Testirweise dem justinianischen Rechte fremd war.[4] Sie sind daher auch dann verstattet, wenn die Erblasser nicht korrespektiv testiren wollen. Immerhin sind gemeinsame Testamente, die nicht korrespektiv sind, wenig gebräuchlich. Daher nimmt man an, daß gemeinsame Testamente mehrerer, in denen sie sich gegenseitig bedenken, im Zweifel auch korrespektiv sind.

Uebrigens ist es nicht selten, daß sich in korrespektiven Testamenten einzelne Bestimmungen finden, welche diesen Charakter nicht haben, weil der Testator an ihnen ein Interesse nimmt, das unabhängig von dem ist, was der Mittestator will und thut.

2. Die korrespektiven Testamente bedingen sich wechselseitig der Art, daß, wenn das eine z. B. wegen Geisteskrankheit des einen Testators als nichtig anzusehen ist, auch das andere mit ihm errichtete ungültig ist.

3. Jedem der Mittestatoren steht das Recht des Widerrufes seines Testamentes frei, sofern er sich nicht ausdrücklich dem andern Theil zum Nichtwiderruf verband, wodurch er in der That einen Erbvertrag schließen würde. Der Widerruf von einer Seite zieht nothwendig das Zusammenfallen des Testamentes des Mittestators nach sich, soweit dasselbe korrespektiv ist. Das ist die Folge des Grundcharakters derartiger Testamente und ihrer gegenseitigen Bedingtheit.[5]

Anwendung zu bringen ist, ist nicht, wie die herrschende Ansicht annimmt, die der Bedingung, sondern die der Voraussetzung." Einen Beweis hierfür hat er nicht angetreten. Die Rechtssätze, die er von seiner Grundansicht aus gewinnt, sind künstlich und vielfach bedenklich.

4) Die nov. Valentiniani III tit. 20 §§ 3 und 4 erkennt solche Testamente an; bei Soldatentestamenten kommen sie auch im corpus juris vor, l. 19 C. de pactis 2. 3. Von solchen abgesehen, finden sie sich im justinianischen Rechte nicht.

5) Ganz anders Windscheid a. a. O. Bd. 3 § 568 Anm. 5.

4. Ist der eine der Testatoren verstorben, so kann der andere das ihm zugedachte ablehnen. Das zieht die Entkräftung seines Testamentes nicht von selbst nach sich. Doch steht ihm nun der Widerruf desselben frei. Ein schwieriges Problem aber entsteht, wenn er Erbe des vorverstorbenen geworden ist. Kann er gleichwohl sein Testament auch dann noch widerrufen? Das behaupten viele neuere, weil es allgemeines Recht der Testamente sei, daß sie widerrufen werden können.

Doch mit Treu und Glauben und dem, was bei der Abfassung des korrespektiven Testamentes der gegenseitig erklärte Wille der Betheiligten war, würde dies nicht stimmen. Der Ueberlebende würde sich die Vortheile des gemeinsamen Testamentes zu nutze machen und die Opfer, die er hierfür bringen sollte, zurücknehmen.

Man muß es daher als *Vertragswille* der korrespektiv testirenden ansehen, daß der Längstlebende, welcher *Erbe des Mittestators geworden* ist, nunmehr seine mit Rücksicht auf den Mittestator, insbesondere zu Gunsten der Verwandten desselben getroffenen Anordnungen nicht zurücknehmen darf. In diesem Sinne liegt allerdings in dem korrespektiven Testamente zugleich eventuell ein Erbvertrag.[6]

Selbstverständlich kann aber das Testament des Längstlebenden noch immer durch Ereignisse entkräftet werden, welche Testamente von Rechtswegen aufheben, insbesondere durch Erwachsen von Notherben in Folge einer weiteren Ehe.[7]

---

6) Diese Ansicht war die der älteren Praktiker, vgl. Hartmann a. a. O. S. 140. Ihr huldigten u. a. Mühlenbruch S. 223, Heinzerling S. 369. Vgl. ferner die bei Stobbe, d. P.R. Bd. 5 S. 258 Anm. 36 citirten. Gegen sie ist u. a. Windscheid Bd. 3 § 568 Anm. 7, dem sie „unkonstruirbar ist" und der mit der Kategorie der „Voraussetzung" operirt. Für die hier vertheidigte Ansicht erklärt sich R.G. Bd. 6 S. 174. Die Streitfrage dürfte damit für die Praxis erledigt sein.

7) Enthält das korrespektive Testament die Bestimmung, daß der überlebende Ehegatte der Erbe des vorversterbenden sein, nach dem Tode des längstlebenden aber die ganze Masse an gewisse Dritte fallen solle, so sind diese *bezüglich der Hälfte des vorversterbenden Universalfideikommissare* und *bezüglich der Erbschaft des überlebenden Vulgarsubstituten*. Sind aber nur Vermächtnisse ausgesetzt, so kann man annehmen, daß sie jeder der Mitteſtatoren für seine Person voll anordnet, dies auch, wenn sie erst nach dem Tode des Längstlebenden auszuzahlen sind. Diese Auffassung hat namentlich um deswillen praktische Bedeutung, weil letztwillige Zuwendungen nur dann Kraft haben, wenn der Bedachte den Tod dessen, welcher ihn honorirt hat, überlebt.

Sechstes Kapitel.

Die Vermächtnisse und die Schenkungen auf den Todesfall.[1] [2]

I. Die Vermächtnisse im allgemeinen.

A. Das Wesen und die Wirkungen.

§ 98. Begriff der Vermächtnisse.

Unter den letztwilligen Verfügungen sind außer den Erbeseinsetzungen die Vermächtnisse die wichtigsten.

Sie sind im justinianischen Rechte ein einheitliches Institut, das Produkt der Verschmelzung des altcivilen Legates und des jüngeren freieren Fideikommisses.[3] Ohne specielle Beziehung auf diesen historischen Unterschied nennt man die Vermächtnisse in Deutschland häufig Legate. Auch wir nehmen keinen Anstand, diesem Sprachgebrauche zu folgen, wo eine Verwechselung mit dem specifischen altrömischen Legate nicht zu fürchten ist.[3]

Das Vermächtniß entsteht durch die bloße Gunst des Erblassers. Ob jemand nach seinem Tode beerbt werden soll, unterliegt nicht seiner Willkür. Zwar darf er den Erben bezeichnen, geschieht dies aber nicht, so tritt der gesetzliche Erbe ein. Ob dagegen Vermächtnisse sein sollen, unterliegt nicht minder dem freien Ermessen des Erblassers, wie wem sie zukommen. Ferner sind die Vermächtnisse Vortheile, ohne an sich mit Pflichten verbunden zu sein. Denn nur der Erbe hat

---

1) Von Vermächtnissen handeln Tit Inst. II. 20—24, Tit. Dig. de legatis I., II. und III. — das 30., 31. und 32. Buch der Pandekten — ferner das 33. bis 36. Buch, endlich tit. Cod. 6, 37—54. Von neueren Monographien ist nur die von Roßhirt vollendet, die L. v. d. Vermächtnissen 2 Bde. 1835, unvollendet ist M. S. Mayer, d. L. von den Vermächtnissen und Fideikommissen 1. Abth. 1854, unvollendet auch die Darstellung von Arndts bei Glück Bd. 46 und 47 und Bd. 48 Abth. 1 und 2.

2) In den meisten neueren Kompendien werden die Vermächtnisse als singulare Zuwendungen an den Schluß des Erbrechts verwiesen, nachdem die Berufung zur Erbschaft und der Erwerb derselben vollständig dargestellt sind. So bei Puchta und Windscheid und in ähnlicher Weise bei Arndts. Zweifellos ist diese Anordnung logisch gerechtfertigt, aber sie hat die Schattenseite, daß die Lehre von den letztwilligen Verfügungen zerrissen wird. Wir erachten dies als einen schwerwiegenden Nachtheil und halten es daher für richtiger, die Vermächtnisse im Zusammenhang mit dem Testamentsrechte darzustellen, wie dies auch von Gajus II § 191 und in den Institutionen Justinians pr. J. de leg. 2, 20 geschieht.

3) Oben Bd. 3 § 64.

den Erblasser zu repräsentiren, insbesondere die Erbschaftsgläubiger zu befriedigen, dem Vermächtnißnehmer liegt derartiges nicht ob.

Die Römer definiren daher das Legat als „donatio testamento relicta" im wesentlichen zutreffend und schlagend.[4] Freilich wollen das manche neuere nicht anerkennen. Sie behaupten, daß sich ein genauer positiver Begriff der Vermächtnisse nicht geben lasse, sie seien eben Zuwendungen, die nicht Erbeseinsetzung und nicht Schenkungen von Todeswegen bildeten.[5] Das ist verfehlt.

Vermächtnisse sind auf Kosten des Nachlasses zugewendete Liberalitäten.

1. Sie sind *Liberalitäten*.[6] Gerade dies stellt man neuerdings in Abrede.[7] Sie seien dies häufig, aber nicht immer, begrifflich wesentlich sei dies Moment nicht. Denn es könne dem Legatar auferlegt werden, das Vermachte einem Nachvermächtnißnehmer herauszugeben. Dann bleibe ihm nichts. Das sei also keine Liberalität! Doch wenn der Nachvermächtnißnehmer nicht erwirbt, z. B. vor dem Erblasser stirbt, so bleibt das Vermächtniß beim Legatar. Eine unentgeltliche Zuwendung, die nur unter Eventualitäten Bestand behält, ist aber auch eine Liberalität.[8]

Allerdings enthält das Vermächtniß nicht immer eine *Vermögensvermehrung*, ist also nicht stets *causa lucrativa*.[9]

Es kann z. B. in Einräumung eines Pfandrechtes, in dem Erlasse

---

4) So Modestinus libro 3 Pandectarum l. 36 D. de leg. II, sowie § 1 J. h. t. 2, 20; Florentinus libro 11 institutionum, l. 116 pr. De leg. I definirt: Legatum est delibatio hereditatis qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit.

5) Windscheid Bd. 3 § 623 Anm. 1. Vgl. ferner Hartmann über Begriff und Natur der Vermächtnisse 1872, sowie im Archiv für civ. Praxis Bd. 70 n. 8. Siehe aber auch die — im wesentlichen mit den von mir entwickelten Ansichten übereinstimmende — Untersuchung bei Pfaff und Hofmann, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Exkurse Bd. 2 S. 316.

6) Als Liberalität werden in den Quellen die Vermächtnisse nicht selten bezeichnet, z. B. l. 6 D. si cui plus 35, 3 „petitio liberalitatis".

7) Windscheid Bd. 3 § 623 Anm. 5.

8) Die von Windscheid a. a. O. angeführten Stellen sind daher irrelevant. Vgl. l. 17 pr., l. 88 § 1 D. de leg. II. Allerdings ist möglich, daß der zunächst als bedacht erscheinende *nur Zwischenperson* sein und kein selbständiges Recht erwerben soll. Dann ist er aber kein Legatar, sondern nur „minister", eine Art von Testamentsexekutor. Nach römischem Rechte hatte er dann kein selbständiges Klagerecht, l. 78 § 1 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1.

9) Durchaus zutreffend sagt Paulus sent. IV 1 § 1: Ab uxore, cui vir dotem praelegavit, fideicommissum relinqui non potest quia non ex lucrativa causa testamento aliquid capit. Aber daß in solchem Prälegat eine „Liberalität" liegt, hätte Paulus gewiß nicht geleugnet. Daher beruft sich Hartmann im Archiv für civ. Praxis Bd. 70 S. 173 mit Unrecht gegen die hier vertretene Ansicht auf diese Stelle.

einer Sicherung bestehen. Aber wenn dies auch eine direkte Vergrößerung des Vermögens des Legatars nicht bildet, eine vermögensrechtliche Vergünstigung liegt darin doch, und zwar nicht selten erheblicher Art.

2. Vermächtnißnehmer ist nur, wem der Erblasser etwas in der Absicht, ihn zu begünstigen, zutheilt.

a) Kein Vermächtniß ist das condicionis implendae causa zu leistende, d. h. was zur Erfüllung der Bedingung einer letztwilligen Verfügung jemandem von bedingt Honorirten zu gewähren ist, z. B. A. soll mein Erbe sein, wenn er dem B. 1000 ausgezahlt hat.[10] Dem in der Bedingung genannten wird nichts direkt zugetheilt, er hat kein selbständiges Recht, ist also nicht Vermächtnißnehmer.

Derartige Verfügungen, heutzutage möglich, aber selten, waren in Rom häufig, zum Theil deswegen, weil man durch sie Personen etwas indirekt verschafft, denen man direkt von Todeswegen nichts zutheilen konnte. Diese Umgehung der Bestimmungen über Kapacität wurde indessen später untersagt.[11]

b) Nicht Legatar ist, obgleich ihm eine Anordnung Vortheil bringt, wenn die Anordnung nicht seinethalben geschah, also nicht ihn begünstigen sollte. Weist z. B. der Erblasser den Erben an, die Wucherschulden seines Neffen zu zahlen, so ist nicht der Gläubiger Legatar, sondern nur der Neffe; nicht der Gläubiger also kann auf Zahlung, vielmehr nur der Neffe auf Liberation klagen.[12]

c) Das alte Recht erklärte legata poenae nomine relicta für nichtig, welche den Zweck hatten, auf eine gewisse Handlung oder Unterlassung des Erben eine Strafe zu setzen. Man vermißte die Absicht der Liberalität gegen den Legatar, welchem die Strafe zukommen soll.[13] Justinian hat die Ungültigkeit mit Recht beseitigt.[14]

---

10) Vgl. Keller, Institutionen S. 357.

11) Die Beschränkungen der Kapacität wurden auch auf das condicionis implendae causa datum übertragen, l. 9, l. 36 D. de mortis causa don. 39, 6, vgl. aber auch l. 55 D. de cond. 35, 1. Auch in anderen Beziehungen wendete man die Vermächtnisse einschränkenden Formen analog auf das condicionis implendae causa datum an.

12) l. 11 §§ 20 ff. D. de leg. III. Ihering, die Reflexwirkungen in seinen Jahrbüchern Bd. 10 S. 254, Brinz Bd. 3 S. 378 Anm. 1 ff.

13) Gajus Inst. II §§ 235, 243, 288; Ulpian. fragm. XXIV § 17, XXV § 13; Keller, Institutionen S. 368; Dangerow Bd. 2 § 434 II 5 S. 115.

14) § 36 J. de legatis 2, 20, l. un. C. de his quae poenae nomine 6, 41. Tit. Dig. de his quae poenae causa 34, 6. Die Strafe verfällt trotz der Zuwiderhandlung nicht, wenn sie Gesetzwidrigkeit oder Unsittliches erzwingen sollte.

In der That verbindet ſich hier mit der Abſicht der Strafandrohung gegen den Erben die einer eventuellen Liberalität an den Legatar.

Zu den Vermächtniſſen werden nicht bloß die Singularvermächtniſſe gezählt, ſondern auch Univerſalfideikommiſſe, alſo die Auflage der Herausgabe der Erbſchaft im Ganzen oder einer Quote derſelben. Indeſſen haben die Univerſalfideikommiſſe eine beſondere Geſtaltung angenommen. Die Vermächtnißtheorie iſt daher zunächſt ohne Rückſicht auf ſie darzuſtellen.

§ 99. Die Rechte aus dem Vermächtniſſe.

Für die Rechtsſtellung des Vermächtnißnehmers iſt eine entſcheidende Frage, ob er bloß ein *Forderungsrecht* erlangt oder *unmittelbar Eigenthümer* des vermachten wird?

In der klaſſiſchen Zeit beſtimmte der Erblaſſer durch die Form des Vermächtniſſes, ob das eine oder andere einzutreten habe.[1] Das legatum per damnationem nämlich, oder sinendi modo relictum, ſowie das Fideikommiß[2] gewährten bloße Forderungsrechte, das Vindikationslegat aber gab dem Legatar unmittelbar Eigenthum.

Dieſe Unterſcheidungen der Formeln, längſt ohne Wurzeln im Volksbewußtſein, hob Juſtinian völlig auf. *Jeder* Vermächtnißnehmer ſoll *dingliche Anſprüche* und zugleich *Forderungsrechte haben*, vorausgeſetzt, daß der Erblaſſer nicht — was ſehr ſelten vorkommen wird — beſonders deſſen Anſprüche beſchränkte.[3] Hiernach ſind die Rechte der Vermächtniſſe jetzt folgende:

1. Der Vermächtnißnehmer hat die *dingliche Klage*, ſowie das Vermächtniß fällig iſt.

Er wird alſo unmittelbar *Eigenthümer* der vermachten *Nachlaßſache* und unmittelbar *dinglich Berechtigter*, wenn ihm ein dingliches Recht anderer Art an der Nachlaßſache vermacht iſt.

1) Oben Bd. 3 § 64.

2) Die Fideikommiſſe erhielten jedoch in ſpäterer klaſſiſcher Zeit eine Art von dinglichem Schutz durch die missio in rem, welche der Magiſtrat gegen Dritte gewährte, wenn ſie die vermachte Sache in Kenntniß des Fideikommiſſes erwarben. Paulus sent. IV 1 § 15. Eine eingehende Unterſuchung hat E. A. Seuffert, das geſetzliche Veräußerungsverbot bei Singular- und Univerſalvermächtniſſen 1854 S. 17 angeſtellt. Juſtinian hob dieſe missio in rem auf, ſiehe unten Anm. 3.

3) l. 1 C. communia de legatis et fideicommissis et de in remissione tollenda 6, 43. § 1. Justinianus: Rectius igitur esse censemus in rem quidem missionem penitus aboleri, omnibus vero tam legatariis quam fideicommissariis unam naturam imponere et non solum personalem actionem praestare, sed etiam in rem, quatenus eis licet easdem res, vel per quodcumque genus legati vel per fideicommissum fuerint derelictae vindicare in rem actione instituenda.

Natürlich muß es sich um Sachen handeln, die zum Nachlasse des Erblassers gehörten.[4]

Was unter Befristungen oder Bedingungen vermacht ist, geht dem entsprechend unmittelbar mit Eintritt des Falles auf den Vermächtnißnehmer über, ohne daß dies Verfügungen des Erben hindern können.[5] Ein gesetzliches Veräußerungsverbot verstärkte noch das Recht des Vermächtnißnehmers.[6]

Doch nur das Recht selbst erlangt der Vermächtnißnehmer unmittelbar ohne Mitwirkung des Erben, die Uebertragung des Besitzes soll er von diesem erwarten. Er kann sie erst erzwingen, wenn klar ist, daß dem Vermächtnisse nicht Ansprüche der Gläubiger der Erbschaft oder des Erben selbst entgegenstehen. Daher hat der Erbe das interdictum quod legatorum, falls sich der Legatar eigenmächtig in den Besitz gesetzt hat, auf Rückerstattung. Dabei wird die Frage nicht erörtert, ob und inwieweit das Vermächtniß rechtskräftig ist, sofern nur der Kläger Kaution wegen der Rückgabe für den Fall stellt, daß dasselbe bei Kräften bleibt.[7]

Dem entsprechend wird der Legatar, wo die modernen Grundbücher bestehen, zwar unmittelbar Eigenthümer des vermachten Grundstückes, aber die Eintragung im Grundbuche und damit die volle Verfügungsmacht über das Grundstück erhält er nur in Folge

---

4) Marezoll in Lindes Zeitschrift Bd. 9 S. 290 will dem Vermächtnißnehmer die dingliche Klage auch dann geben, wenn die vermachte Sache dem belasteten Erben gehört, ja selbst wenn sie die Sache eines Dritten war, welche derselbe an sich brachte. Dies wurde mit Recht von späteren Schriftstellern verworfen. Allerdings spricht sich Justinian sehr allgemein aus, aber unmöglich ist es nach dem Wortsinne, jedem Vermächtnißnehmer die actio in rem zu geben, etwa auch wenn die Sache eines Dritten vermacht ist. Die Verordnung ist nothwendig in Gemäßheit der allgemeinen Prinzipien zu interpretiren und zu begrenzen. Zweifelsohne dachte Justinian nur an den gewöhnlichen Fall, in welchem der Erblasser eigene Sachen vermacht. Vangerow Bd. 2 § 532. Selbstverständlich hat der Erblasser das Recht, den dinglichen Erwerb auszuschließen, Windscheid Bd. 3 § 647 Anm. 2. Zwar widerspricht Brinz Bd. 3 S. 401. Welches öffentliche Interesse sollte an einer zwingenden Norm in dieser Hinsicht bestehen!

5) l. 69 § 1 D. de leg. I, l. 11 § 1 D. quemadmodum serv. amitt. 8, 6, l. 105 D. de cond. et dem. 35, 1.

6) l. 3 § 2a C. communia de legatis 6, 43. Die Verstärkung liegt insbesondere in dem Ausschlusse der ordentlichen Ersitzung gegen den Legatar. Ueber die Stellung des Käufers zum Onerirten siehe l. 3 § 2 cit. Ueberhaupt vgl. Seuffert, das gesetzliche Veräußerungsverbot bei Vermächtnissen, 1854.

7) Tit. Dig. quod legatorum 43, 3. Die Formel des Interdiktes hat Lenel edictum S. 363 zutreffend restituirt. Das Interdikt stand ursprünglich nur dem bonorum possessor zu. Erst die justinianische Kompilation hat es durch Interpolationen — zweckmäßigerweise — dem Erben als solchem gewährt. Vgl. Lenel a. a. O. S. 362.

der Bewilligung des Erben oder der Verurtheilung deſſelben zu deren Ertheilung.

2. In allen Fällen hat der Vermächtnißnehmer ferner eine perſönliche Forderung gegen den Belaſteten, mag es ſich nun um Herausgabe einer Nachlaßſache handeln oder um andere Verpflichtungen.[8]

In der altrömiſchen Zeit wurde der aus einem legatum per damnationem auf ein certum Beklagte, wenn er es zur Verurtheilung kommen ließ, auf das Doppelte verurtheilt.[9] Das iſt im juſtinianiſchen Rechte antiquirt. Dagegen ſollte, wer ein frommes Vermächtniß ſchuldete, wenn er der Mahnung des Biſchofs ungeachtet es zum Prozeſſe kommen ließ, das Doppelte zu zahlen haben. Dieſe Strafe des Ungehorſams gegen kirchliche Befehle iſt mit dem heutigen Staatskirchenrecht unvereinbar und antiquirt.[10]

Der Onerirte iſt in der Regel dem Vermächtnißnehmer wegen jeder Verſchuldung haftbar,[11] bleibt ihm aber kein Vortheil aus der Verfügung, nur wegen dolus und culpa lata.[12]

Dem Onerirten ſteht andererſeits ein Recht auf Erſatz nothwendiger oder vorausſichtlich im Sinne des Vermächtnißnehmers gemachter Verwendungen zu.[13]

3. Der Vermächtnißnehmer hat endlich Recht auf Kaution durch Bürgen, wenn das Vermächtniß befriſtet oder aus anderen Gründen noch nicht unmittelbar zahlbar iſt.[14] [15]

Der Zwang zur Kaution war in Rom nur ein indirekter.

---

8) l. 1 C. communia de legatis 6, 43, oben Anm. 3.

9) Es galt der Satz „lis infitiando crescit in duplum“, Gajus Inst. IV § 9. Vgl. über die „actio ex testamento“ Lenel, edictum S. 295.

10) §§ 19, 23, 26 J. de actionibus 4, 6. § 7 J. de obl. quasi ex contr. 3, 27 und die reſtituirte l. 45 § 7 C. de episcopis 1, 3. Siehe namentlich L. Seuffert im Archiv für civ. Praxis Bd. 67 S. 363. Aus dem im Texte angeführten Grunde iſt auch die Ungehorſamsſtrafe der nov. 131 cap. 11 abolirt.

11) l. 47 §§ 4 ff. D. de leg. I, l. 26 § 1, l. 59 D. eod.

12) l. 108 § 12 D. de leg. I.

13) l. 58—61 D. de leg. I. Hat der Onerirte reſtituirt, ohne Erſatz für ſeine Verwendungen zu beanſpruchen, ſo hat er je nach den Umſtänden des Falles Kondiktionen. Aber auch eine actio negotiorum gestorum wird ihm zuſtehen.

14) Tit. Dig. ut legatorum seu fideicommissorum 36, 3. Die Faſſung der Stipulation ſiehe bei Lenel, edictum S. 421. Das Edikt gehörte bereits der Republik an; Oſilius kannte dasſelbe l. 1 § 15 D. h. t. 36, 3.

15) Der Erblaſſer kann die Verpflichtung zur Kaution erlaſſen, l. 2, l. 7 C. ut in possessionem legatorum 6, 54, der Vermächtnißnehmer auf ſie verzichten, l. 46 D. de pactis 2, 14. Aus perſönlichen Gründen befreit ſind Fiskus und Stadtgemeinden, l. 1 § 18, l. 6 § 1 D. h. t. 36, 3. Eine ſpecielle Diſpenſation iſt ferner in l. 6 C ad. S. C. Trebellianum 6, 49 angeordnet, wozu noch nov. 22 cap. 41 kommt.

Wurde sie nicht bestellt, so erhielt der Vermächtnißnehmer missio legatorum servandorum causa in den Nachlaß, damit Retention und Obhut desselben, und prätorisches Pfandrecht.[16] Dazu fügte Caracalla die s. g. missio Antoniniana, d. h. Einweisung auch in das eigene Vermögen des Erben, um sich aus den Früchten bezahlt zu machen, wenn das fällige Vermächtniß nach gerichtlicher Mahnung nicht binnen 6 Monaten bezahlt war.[17]

Heutzutage wird direkt auf die Kaution bei Vermeidung der Sequestration des Nachlasses geklagt. Die Missionen sind der Praxis fremd.[18]

Justinian gab noch ein gesetzliches Pfandrecht an den Nachlaßobjekten.[19] Dies Recht ist im praktischen Rechte auf einen Pfandrechtstitel herabgesunken.

§ 100. Zwecke der Vermächtnisse. Gunst und Ungunst.

Die Vermächtnisse bilden Liberalitäten, die zu den mannigfachsten Zwecken, zu gutem Gebrauch, aber auch zu Mißbrauch dienen können.

Der nächste, ohne Zweifel älteste Zweck ist der einer Ausgleichung innerhalb der Familie. Einem der Söhne das Erbe zu überlassen, war in Rom wie heute vielfach wirthschaftlich und social gerechtfertigt. Die Ausgleichung geschah durch Legate an die übrigen Familienglieder. Der Wittwe namentlich wurde ihre Dos und das zu ihrem persönlichen Gebrauch angeschaffte herkömmlicherweise legirt, Töchter, Enkel, andere Familienglieder erhielten Abfindungen in Form von Legaten.

Ein weiterer hochwichtiger Zweck der Vermächtnisse trat später, und ganz besonders in der christlichen Kaiserzeit in den Vordergrund, nämlich die zu öffentlichen Zwecken, insbesondere zu frommen Stiftungen.

Es war zudem in Rom allgemeine Sitte, daß der Erblasser seinen

16) Tit. Dig. ut in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa esse liceat 36, 4. Das Edikt siehe bei Lenel, edictum S. 297.

17) l. 5 §§ 16—21 D. ut in possessionem legatorum 36, 4.

18) Die Ansicht, daß Justinian die missio legatorum servandorum causa in der l. 1 C. communia legatis 6, 43 aufgehoben — Löhr, Magazin für R.W. Bd. 3 S. 195 und Archiv für civ. Praxis Bd. 5 S. 208 Anm. 3 —, beruht auf dem Irrthum, daß die von Justinian dort erwähnte in rem missio mit der missio legatorum servandorum causa identisch sei. Dies wird derzeit allgemein anerkannt. Die missio legatorum servandorum causa wurde in der älteren gemeinrechtlichen Praxis, wenn auch selten, zur Anwendung gebracht, vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 416 Anm. 29. Den heutigen Prozeßgrundsätzen entspricht sie nicht. Sie ist veraltet.

19) l. 1, l. 2 C. communia de legatis 6, 43. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 328.

Privatfreunden und Parteigenossen, die ihm während seines Lebens unentgeltliche Dienste geleistet hatten, bei seinem Tode Vermächtnisse aussetzte. Gerade dies geschah oft in übertriebener Weise zum Ruin der Erben, denen nicht das zur Aufrechthaltung der Stellung der Familie nöthige übrig blieb. Die Vermächtnisse, wohlthätig in gewissen Schranken, verderblich im Uebermaße, erfuhren vom Rechte seit Alters Gunst und Ungunst.

1. Ohne Zweifel hatte der Prätor die familienrechtlichen Vermächtnisse vorzugsweise im Auge, als er die „satisdatio legatorum servandorum causa" vorschrieb, wie es ja auch bei uns Sitte ist, daß die „Erbgelder" abgefundener Familienglieder sichergestellt werden.[1]

Hohe Gunst war auch die scharfe Klage aus dem legatum per damnationem.[2]

In der christlichen Kaiserzeit wurden die Vermächtnisse zu frommen Zwecken durch zahlreiche Privilegien gefördert.[3]

2. Andererseits trat man der Verschwendung durch Vermächtnisse entgegen.

Alte Rechtsordnung ist, daß Vermächtnisse stets nur so weit gelten konnten, als der Nachlaß einen Ueberschuß der Aktiven über die Passiven abwirft. Dies wendet man entsprechend auf Nachvermächtnisse an. Sie sind nur so weit gültig, als der Vermächtnißträger etwas vom Erblasser empfangen hat.[4]

Justinian gestattet dem Erben die Berufung auf die Insufficienz

1) Oben § 99 Anm. 14. Daß bei der satisdatio und missio legatorum servandorum causa die Legate an die weiblichen Angehörigen der Familie eine besondere Rolle spielten, dafür mag in Betracht kommen l. 14 D. ut in possessionem legatorum 36, 4. Labeo, libro 2 Posteriorum a Javoleno epitomarum: Quae legatorum servandorum in bonis est, in causa vescendi deminuet, si filia neptis proneptis uxorve esset nec nupta sit nec suum quicquam habet.

2) Oben S. 194.

3) Es gehört dahin die Verurtheilung des Onerirten auf das Doppelte, wenn er es der bischöflichen Aufforderung unerachtet zur Klage kommen ließ. Darüber vgl. oben § 99 Anm. 10. Ferner, daß bei Vermächtnissen zu milden Zwecken, wenn sie der Onerirte nicht binnen 6 Monaten nach der Bekanntmachung berichtigt, ohne Mahnung Früchte und Zinsen von der Zeit des Todes des Erblassers an zu ersetzen sind, nov. 131 cap. 12. Dann, daß derartige Vermächtnisse dem Abzug der Falcidischen Quart nicht unterliegen, nov. 131 cap. 12. Vgl. Marezoll, z. L. von den Legaten ad pias causas in Lindes Zeitschrift Bd. 5 n. 6.

4) l. 114 § 3 in fine D. de leg. I. Marcianus libro 8 Institutionum: placet non plus posse rogari quem restituere, quam quantum ei relictum est, l. 1 § 17 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1, l. 12 C. de testamentis militum 6, 21. Immerhin entscheidet Papinianus libro 20 quaestionum l. 70 § 1 D. de leg. II. haec ita si quantitas cum quantitate conferatur, enimvero si pecunia accepta rogatus sit rem propriam quamquam majoris pretii, restituere, non est audiendus legatarius, legato percepto si velit computare, non enim aequitas hoc probare patitur, si quod legatorum nomine perceperit legatarius offerat. Vgl. überhaupt Arndts bei Glück Bd. 47 S. 287.

des Nachlasses jedoch nur, wenn er in gehöriger Weise und Zeit ein Inventar errichtete.[5]

Den Erben, welche den Erblasser zu repräsentiren haben, glaubte man weiter durch positive Gesetze die Mittel zu dieser Repräsentation sichern zu müssen.[6]

a) die lex Furia testamentaria setzte das Maximum der Legate und sonstigen Gaben von Todeswegen für den einzelnen Honorirten auf die verschwindend kleine Summe von 1000 Assen. Dies abgesehen von den gesetzlich ausgenommenen Fällen, welche die familienrechtlichen Legate in sich begriffen.

b) Nach der lex Voconia — die auch den römischen Bürgern erster Klasse die Erbeinsetzung der Frauen verbot — durfte niemand mehr durch Legat oder sonst von Todeswegen bekommen, als dem Erben oder der Gesammtheit der Erben verblieb.[7]

c) Die lex Falcidia — aus der Zeit des zweiten Triumvirats — führte eine Erbschaftssteuer ein und hob zugleich die bisherigen die Vermächtnisse beschränkenden Gesetze auf. Jedoch schreibt sie vor, daß dem Erben der vierte Theil seiner Erbportion frei von Legaten verbleiben muß.[8]

§ 101. Die Falcidische Quart.[1]

Bei der Interpretation des Falcidischen Gesetzes mußten die Interessen des Erben und der Legatare vielfach in Widerspruch treten. Da stellte sich die Jurisprudenz überwiegend auf die Seite des Erben,

5) Nov. I. cap. 2 § 2 R.G. Bd. 10 S. 121, hat sich dahin entschieden, daß der Erbe den Vermächtnißnehmern selbst dann über den Betrag des Nachlasses hinaus hafte, wenn ihm der Erblasser die Errichtung eines Inventars letztwillig erlassen hat. Aber die Novelle hat die gesteigerte Haftung als „poena malitiae" „quod leges transgressus est" bestimmt. Ist dies für den Erben, welchem der Erblasser das Inventar erlassen hat, zutreffend?

6) Gajus Inst. II §§ 224 ff.

7) Ueber die bezügliche Bestimmung der lex Voconia vgl. Fr. Kahn, zur Geschichte des römischen Frauenerbrechts 1884 S. 30.

8) Die lex Falcidia ist im Jahre 714 der Stadt rogirt worden, vgl. Dio Cassius lib. 48 cap. 33 in fine. Das betreffende — zweite — Kapitel lautete nach l. 1 pr. D. ad legem Falcidiam 35, 2: quicumque civis Romanus post hanc legem rogatam testamentum faciet, is quantum cuique civi Romano pecuniam jure publico dare legare volet, jus potestasque esto, dum ita detur legatum ne minus quam quartam partem hereditatis eo testamento heredes capiant: eis quibus quid ita datum legatumve erit, eam pecuniam sine fraude sua capere liceto, isque here , qui eam pecuniam dare damnatus erit, eam pecuniam debeto dare, quam damnatus est.

1) Tit. Inst. de lege Falcidia 2, 22. Tit. Dig. ad legem Falcidiam 35, 2, Cod. 6, 50. Dernburg, die Einrechnung in den Antheil des Erben bei der Quarta Falcidia im Archiv für civ. Praxis Bd. 47 n. 16. Brinz Bd. 3 S. 332—370.

inbeſondere durch die getrennte Berechnung für Miterben und den Satz, daß nur einzurechnen ſei, was man in der Eigenſchaft als Erbe erhielt.

1. Zum Quartabzug berechtigt iſt nur der Erbe.[2]

Andere von Todeswegen bedachte, die mit Vermächtniſſen belaſtet ſind, haben ein ſelbſtändiges Recht zum Abzug der Quart nicht.[3]

Dagegen übertragen ſie den ihnen gemachten Abzug verhältnißmäßig auf die Nachvermächtnißnehmer, wenn dies nicht vom Erblaſſer verboten iſt.[4]

Es gilt der wichtige Satz, daß jeder Miterbe die Quart für ſich beſonders berechnet und abzieht.[5]

Hieraus entſtehen aber ſchwierige, zum Theil höchſt beſtrittene Fragen, falls derſelbe Erbe verſchiedene Portionen erhält.[6]

a) Zuweilen bleibt es dann durchaus bei der Trennung. Dies dann, wenn die verſchiedenen Portionen von verſchiedenen Erben erworben waren und ſpäter zufällig, insbeſondere dadurch, daß der eine Erbe den anderen beerbt, in dieſelbe Hand kommen.[7]

b) Zuweilen tritt ſchlechthin Vereinigung ein. Dies dann, wenn derſelbe Erbe in demſelben Grade auf verſchiedene Portionen, ſei es bedingt oder unbedingt, eingeſetzt war und ſie ſämmtlich erwirbt.[8]

---

2) Urſprünglich nur der Teſtamentserbe, ſeit Antoninus Pius auch der mit Fideikommiſſen belaſtete Inteſtaterbe, l. 18 pr. D. h. t. 35, 2.

3) Dies gilt auch für den Univerſalfideikommiſſar, l. 47 § 1 D. h. t. 35, 2. Vgl. aber auch l. 57 § 2 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1 unten § 123.

4) l. 32 § 4 D. h. t. 35, 2. Maecianus libro 9 fideicommissorum: Si Titio viginti legatis portio per legem Falcidiam detracta esset, cum ipse quoque quinque Sejo rogatus esset restituere, Vindius noster tantum Sejo pro portione ex quinque detrahendum ait quantum Titio ex viginti detractum esset. Erhielt alſo dieſer Titius in Folge des Quartabzugs nur 15, ſo hat er dem Sejus bloß $3^3/_4$ zu reſtituiren. — Iſt der verkürzte Legatar mit einem Alimentenvermächtniß belaſtet, ſo gilt als Meinung des Erblaſſers, daß die Reduktion nicht auf daſſelbe übertragen wird, l. 25 § 1 D. h. t. 35, 2.

5) l. 77 D. h. t. 35, 2. Gajus libro 18 a. edictum provinciale: In singulis heredibus rationem legis Falcidiae componendam esse non dubitatur. et ideo si Titio et Sejo heredibus institutis semis hereditatis Titii exhaustus est, Sejo autem quadrans totorum bonorum relictus sit, competit Titio beneficium legis Falcidiae. Betrug alſo die Erbſchaft 400 und es iſt Titius mit Vermächtniſſen zum Belauf von 200 beſchwert, Sejus aber nur bis zum Belauf von 100, ſo iſt Titius befugt, 50 als Quart für ſich abzuziehen, obgleich die Erbſchaft als Ganzes nicht überſchwert wäre.

6) Bezüglich der Frage, wie die Falcidiſche Quart zu berechnen ſei, wenn verſchiedene Erbſchaftsportionen an eine und dieſelbe Perſon kommen, vgl. namentlich Bangerow Bd. 2 § 535 und die dort citirten. Dazu J. Amann, die Berechnung der Falcidia bei Vereinigung mehrerer Erbtheile 1876.

7) l. 1 § 15 D. h. t. 35, 2.

8) l. 11 § 7 D. h. t. 35, 2 am Schluſſe.

c) Unter Umständen bleiben die Portionen *getrennt*, aber der *Ueberschuß* einer Portion kommt den Legatarien einer anderen zu gute. So ist es namentlich, wenn ein Miterbe zu seiner Urportion durch Akkrescenz[9] noch eine weitere Portion erwirbt.

Den Legatarien der Urportion kommt hier der Ueberschuß der hinzutretenden Portion zu gute. Im übrigen wird getrennt gerechnet.

Entsprechend ist der Fall zu behandeln, daß ein Institut die Portion eines Miterben in Folge einer *Substitution* zu der seinen erwirbt.[10] [11]

---

9) l. 78 D. h. t. 35, 2. Die l. 1 § 14 D. eod., welche von *Vereinigung* der Portionen spricht, behandelte die caducorum vindicatio. Vgl. oben § 92.

10) Bezüglich des Falles, in welchem der Institut zu seiner Institutionsportion eine *Substitutionsportion* hinzu erwirbt, sind die Meinungen sehr getheilt. Vor allem stehen die Entscheidungen von Julian in der l. 87 § 4 D. h. t. 35, 2 und die von Paulus in der l. 1 § 13 D. eod. in Widerspruch. Die letztere Stelle ist als maßgebend anzusehen. Julian geht von einem älteren Rechtszustande aus. Denn erst Severus bestimmte, daß der Substitut überhaupt die dem weggefallenen Instituten *persönlich* aufgelegten Vermächtnisse zu entrichten habe, oben Bd. 3 § 88 Anm. 8. Immerhin wollen dies viele nicht gelten lassen. Die Hauptansichten sind folgende: a) Manche, z. B. Arndts § 564 Anm. 3, nehmen schlechthin *Vereinigung* der Portionen an. Damit würde denn l. 87 § 4 D. h. t. stimmen, aber nicht l. 1 § 13 D. eod. Es wäre aber auch das Resultat ein sehr auffallendes, wenn die dem weggefallenen Instituten persönlich aufgelegten Vermächtnisse durch dessen Wegfall wüchsen und von dem Substituten sogar aus seiner Institutionsportion zu berichtigen wären. b) Bangerow Bd. 2 § 535 S. 464 nimmt gleichfalls *Vereinigung* der Portionen an, jedoch so, daß die Legatare des weggefallenen *nicht mehr beanspruchen könnten*, als ihnen der persönlich Onerirte hätte leisten müssen. Nach dieser Berechnungsweise können sie nichts *lukriren*, wohl aber *verlieren*. Wäre nämlich die Erbportion von A und B. = 200, A. wäre mit Vermächtnissen bis 200 belastet, B. mit solchen bis 150. A. wäre dem B. substituirt und würde die Substitutionsportion zu seiner Institutionsportion erwerben; dann stünde bei Annahme einer Vereinigung der Masse von 400 eine Legatensumme von 350 gegenüber und es wären die die dem B. aufgelegten Vermächtnisse zum Vortheile der Vermächtnisse, die auf der Institutionsportion des A. ruhen, zu reduciren. Der vermuthlichen Absicht des Erblassers entspricht dies aber nicht. c) Deshalb nehmen manche neuere — insbesondere Brinz a. a. O. S. 358 — an, daß die Portionen *getrennt* bleiben, und daß nur der *Ueberschuß* der Substitutionsportion, den Legataren der Institutionsportion zu gute kommt. Mit anderen Worten: man behandelt den Fall des Hinzukommens einer Substitutportion wie den einer akkrescirenden Portion. Damit vereinfacht sich die Lehre wenigstens einigermaßen.

11) In gleicher Weise behandelte man in Rom das Verhältniß, wenn ein Hausvater neben seinem Hausuntergebenen zu Erben eingesetzt war und beide Portionen erwarb. Die Portionen blieben getrennt, aber der Ueberschuß der Portion des Hausuntergebenen kam den Legataren des Vaters zu gute, l. 21 § 1. l. 25 pr. D. h. t. 35, 2. Dieser Fall ist unpraktisch geworden. Allerdings lehrt Windscheid Bd. 3 § 653 Ziff. 7: „es komme den Vermächtnißnehmern des Vaters der *Nießbrauch* am Erbtheil des Kindes, welchen Nießbrauch der Vater kraft seiner väterlichen Gewalt erwirbt, zu gute". Doch dieser Versuch, einer abgestorbenen Bestimmung Leben einzuhauchen, ist verfehlt. Denn in die Quart ist nur einzurechnen, was jemand als Erbe erhält, nicht was er kraft väterlicher Gewalt erlangt. — Besondere Zweifel erheben sich, wenn der Miterbe eines unmündigen Kindes, welcher demselben pupillariter substituirt ist, zu der Institutportion die Erbschaft des Kindes als Pupillarsubstitut erhält. Dabei ist maßgebend, daß der Vater nur aus *seinem* Vermögen Vermächtnisse vergeben kann, daß folgerecht die

2. Das Viertel seiner Erbportion muß dem Erben frei von Vermächtnissen, auch Schenkungen auf den Todesfall und Leistungen condicionis implendae causa verbleiben.[12]

Bei der Berechnung ist der gemeine Werth des Nachlasses,[13] und zwar in der Regel nach der Zeit des Todes des Erblassers anzuschlagen.[14]

Auf dieser Grundlage ist das „Soll" der Quart und das „Hat" zu ermitteln und zu vergleichen.[15]

a) Zur Feststellung des „Soll" der Quart ist der Nettobetrag des Nachlasses zu berechnen, also die Summe des Werthes der körperlichen Erbschaftssachen, der Forderungen des Erblassers[16] — die an seinen Erben inbegriffen —,[17] und anderer Rechte nach Abzug der Nachlaßschulden — auch der gegenüber dem Erben[18] —, der Begräbniß-

---

Quart nur aus dem väterlichen Vermögen nach seinem Werthe zur Zeit des Todes des Vaters berechnet wird, daß endlich die Rechtsregel gilt — l. 1 § 5 D. h. t. 35, 2 „in tabulis patris et filii unam Falcidiam servari", wonach folgerecht die Vermächtnisse sämmtlich zusammenzurechnen sind, mögen sie nun dem Beschwerten als Instituten oder als Pupillarsubstituten obliegen. Hieraus können sich auffallende Resultate ergeben. So interessant dies nun auch für die Charakteristik des römischen Erbrechts ist, für das heutige Recht haben die bezüglichen Sätze eine minimale praktische Bedeutung. Es ist zu verweisen auf Vangerow im Archiv für civ. Praxis Bd. 36 n. 10 und 12, Bd. 37 n. 13, Brinz, a. a. O. S. 351 und andererseits Amann S. 162 und Windscheid Bd. 3 § 653 Anm. 11.

12) Die lex Falcidia bezog sich nur auf Legate. Das S. C. Pegasianum dehnte sie auf Singular- und Universalfideikommisse aus, Gajus Inst. II § 254, Severus auf mortis causa donationes und Schenkungen an den Ehegatten, die durch den Tod des Schenkers vor dem Beschenkten konvalesciren. l. 32 § 1 D. de don. i. v. et u. 24, 1, l. 5, l. 12 C. h. t. 6, 50, l. 2 C. de mortis causa don. 8, 56 — vgl. unten § 118 Anm. 2 —, endlich Justinian auch auf das condicionis implendae causa datum, l. 18 pr. C. h. t. 6, 50.

13) l. 62 § 1, l. 63 pr. D. h. t. 35, 2.

14) l. 73 D. pr. D. h. t. 35, 2. Doch ist dies nur die allgemeine Regel. Absolut festgehalten wurde sie nicht, sofern besondere Gründe dafür sprachen, einen anderen Zeitpunkt zu Grunde zu legen, l. 56 pr. § 1, l. 83 D. h. t. 35, 2.

15) Nach der gewöhnlichen Darstellung — z. B. von Arndts § 563 — soll bei der Berechnung so zu verfahren sein, daß man den Nettobetrag des Nachlasses ermittelt, damit auch der Erbportion, und dann die Vermächtnisse addirt, woraus sich ergeben soll, ob die Quart frei bleibe. So mag man in einfachen Fällen vorgehen. Aber mit Recht macht Brinz Bd. 3 S. 348 darauf aufmerksam, daß die römischen Juristen eine umständlichere Berechnungsweise zu Grunde legen, was auch für manche Fragen und Verwickelungen durchaus nicht überflüssig ist.

16) Forderungen gegen insolvente Schuldner sind auf den Betrag zu schätzen, welcher beitreibbar ist, l. 63 § 1 D. h. t. 35, 2, l. 82 D. eod. Wie bei bedingten Forderungen und Schulden zu verfahren ist, erörtert l. 73 § 1 D. h. t., wie bei Naturalobligationen l. 1 § 17 D. h. t. 35, 2.

17) l. 1 § 18 D. h. t. 35, 2: „quamvis confusione liberetur, tamen locupletiorem hereditatem percipere videtur".

18) l. 87 § 2 D. h. t. 35, 2.

und Beſtattungs-,[19] der Inventariſirungs- und der Liquidirungskoſten des Nachlaſſes. Durch Diviſion mit dem Nenner der Erbportion und dann durch vier ergiebt ſich die dem Erben gebührende Quart. Vom Erben böslich hinterzogene Nachlaßſachen werden in die Erbſchaftsaktiven nicht eingerechnet, mindern alſo das „Soll" der Quart.[20]

b) Beim „Hat" iſt dem Erben nur anzurechnen, was er *als Erbe* — titulo hereditario — netto aus der Erbſchaft hat.[21] Das ergiebt ſich, wenn man von dem Ertrage ſeiner Erbportion, wie ſie ſich nach Abzug der Erbſchaftslaſten ſtellt, die ihm aufgelegten Vermächtniſſe und gleichgeſtellten Laſten abzieht. Dabei werden betagte Vermächtniſſe mit Berückſichtigung des Interuſuriums angeſetzt, ſuspenſiv bedingte zunächſt noch nicht berückſichtigt,[22] lebenslängliche Präſtationen aber in einer Kapitalſumme nach Vermuthung der Lebensdauer angeſchlagen.[23]

Nicht einzurechnen iſt dem Erben in das „Hat" der Quart, was er aus dem Nachlaſſe, aber nicht als Erbe erhielt, alſo namentlich nicht, was er von Miterben oder Dritten als *Vermächtniß* oder condicionis implendae causa datum oder vom Erblaſſer direkt durch Schenkung auf den Todesfall erlangte.[24] Der Erblaſſer kann die Anrechnung auch ſolcher Zuwendungen anordnen.[25]

---

19) Es ſind nur angemeſſene und mäßige Koſten für die Beerdigung und ein Grabdenkmal in Abzug zu bringen, l. 1 § 19, l. 2 D. h. t. 35, 2. Vgl. auch l. 6 D. eod.

20) l. 24 D. h. t. 35, 2. Paulus libro 14 responsorum respondit Falcidiae legis rationem si haberi oportet, ita habendam, ac si hae res, quae ab herede subtractae sunt, in hereditate relictae non fuissent. Das erſchien Mommſen ſo unbegreiflich, daß er das „non" zu ſtreichen vorſchlägt, wodurch die Stelle jedoch recht fad würde. Der Sinn iſt aber: die vom Erben unterſchlagenen Sachen werden bei Berechnung des Soll der Quart nicht in Betracht gezogen. Dieſe wird alſo um ſo viel kleiner. Daß die unterſchlagenen Nachlaßſachen in dem „Hat" des Erben ſtehen, iſt ſelbſtverſtändlich. Vgl. Brinz a. a. O.

21) Bezüglich der Früchte, die der Erbe noch von vermachten Objekten zieht, vgl. unten § 122 Anm. 12.

22) l. 45 pr. § 1, l. 73 §§ 1 ff. D. h. t. 35, 2.

23) Eine berühmte Tabelle über die präſumtive Lebensdauer giebt l. 68 D. h. t. 35, 2. So intereſſant ſie hiſtoriſch iſt, ſo hat ſie doch keine praktiſche Bedeutung mehr. Vielmehr müſſen derzeit die auf umfaſſenderen Beobachtungen beruhenden, aus den heutigen Verhältniſſen geſchöpften Mortalitätstabellen, wie ſie den Lebensverſicherungen zu Grunde liegen, zu Rathe gezogen werden.

24) l. 74 D. h. t. 35, 2: Quod autem dicitur si ex juicio defuncti quartam habeat heres solida praestanda esse legata ita accipere debemus, si hereditario jure habeat: itaque quod quis legatorum nomine a coherede accepit in quadrantem ei non imputatur.

25) Vgl. über das klaſſiſche Recht l. 75, l. 90 D. h. t. 35, 2, l. 11 C. h. t.

Vergleichung zwischen Soll und Haben ergiebt, ob die Quart frei oder überschwert ist.

3. Soweit die Quart nicht frei ist, sind die Vermächtnisse *nichtig*, *verkleinern sich also zum entsprechenden Theile von Rechtswegen*.[26] Untheilbare Vermächtnisse sind nur gegen Einschuß der Summe zu entrichten, um den sie die Quart überschreiten.[27]

Besteht begründete Besorgniß einer Ueberschwerung der Quart in Folge künftiger Ereignisse, insbesondere des möglichen Eintrittes der Bedingung suspensiv bedingter Vermächtnisse, die vorerst noch außer Ansatz blieben, so sind die vorläufig quartfreien Vermächtnisse nur gegen Kaution auszuzahlen.[28]

Der Erblasser kann, ohne das Recht des Erben auf die Quart zu verkürzen, verordnen, daß der Quartabzug *in erster Linie* auf gewisse Vermächtnisse fallen und nur eventuell andere treffen soll.[29]

Der Erbe kann auf die Geltendmachung der Quart verzichten.[30]

4. Gewisse Vermächtnisse unterliegen dem Abzug nicht.

Vor allem solche, die keine Minderung des Nachlasses enthalten.[31]

Außerdem in Folge gesetzlichen Privilegiums Vermächtnisse, durch welche der Ehemann seiner Frau die für ihren persönlichen Gebrauch von ihm angeschafften Sachen zuwendet,[32] ferner Vermächtnisse zu frommen Zwecken[33] und das Vermächtniß des Pflichttheiles.[34]

Die befreiten Vermächtnisse werden wie Nachlaßschulden behandelt.[35]

6, 50, Dernburg a. a. O. S 294. Seit der Novelle 1 kann der Erblasser die Einrechnung zwingend vorschreiben.

26) l. 73 § 5 D. h. t. 35, 2. Ist der Legatar bereits im Besitz des Vermachten, so kann der Erbe seinen entsprechenden Theil vindiciren, l. 26 D. h. t. Er kann, wenn er aus Irrthum zu viel geleistet hat, kondiciren, l. 9 C. h. t. 6, 50.

27) l. 80 § 1 D. h. t. 35, 2.

28) Tit. Dig. si cui plus quam per legem Falcidiam licuerit legatum esse dicetur 35, 3.

29) l. 88 pr. § 1 und 2 D. h. t. 35, 2.

30) l. 19 C. h. t. 6, 50, vgl. l. 15 § 1 D. h. t. 35, 2. Nach nov. 1 cap. 3 soll der Erbe, welcher einzelne Vermächtnisse voll entrichtet, während er weiß, daß ihm das Recht des Quartabzuges zusteht, so angesehen werden, als ob er damit erkläre, daß er überhaupt auf die Quart verzichte, insbesondere auch anderen Vermächtnißnehmern gegenüber. Natürlich kann diese „Vermuthung" durch Vorbehalt ausgeschlossen werden.

31) Es ist dies namentlich beim s. g. Schuldvermächtnisse der Fall, soweit es kein Mehr über den Schuldbetrag gewährt, l. 81 § 1 D. h. t. 35, 2.

32) l. 81 § 2 D. h. t. 35, 2, vgl. namentlich l. 45 D. de leg. III.

33) nov. 131 cap. 12.

34) l. 87 pr. § 4 D. de leg. II, l. 36 pr. § 1 e C. de inofficio test. 3, 28.

35) Es ist nicht zu verkennen, daß diese Weise der Rechnung indirekt auch den nichtbefreiten Vermächtnissen zu gute kommen kann. Allein die römischen Juristen

5. Das Recht der Falcidischen Quart erlitt eine vollständige Umwälzung durch die Novelle von Justinian.

Die lex Falcidia bezweckte eine Beschränkung des Erblassers. Sie war zwingendes Recht, so daß er sie nicht ausschließen konnte.[36]

Die Novelle 1 aber verstattet dem Erblasser anzuordnen, daß die Vermächtnisse einer Reduktion mit Rücksicht auf die Falcidische Quart nicht unterliegen sollen.[37]

Außerdem bestimmte die Novelle 1, daß das Recht des Erben zum Abzug der Quart wegfalle, wenn er kein gehöriges Inventar über den Bestand des Nachlasses rechtzeitig errichtet habe.[38]

B. Errichtung der Vermächtnisse.

§ 102. 1. Der Errichtungsakt.

Vermächtnisse können angeordnet werden:[1]

a) in einem Testamente,

b) in einem Kodicille, sei es nun ein testamentarisches oder ein Intestatkodicill,

c) als Oralfideikommisse.

Formlose Verfügungen anderer Art mögen eine natürliche Verbindlichkeit des Erben begründen. Rechtliche Bedeutung erhalten sie aber nur, wenn sie der Erbe erfüllt oder sich in bindender Weise zur Erfüllung verpflichtet.[2]

---

haben sie anerkannt, und zwar in einem jetzt antiquirten Falle in l. 18 pr. D. de test. mil. 29, 1. Die Entscheidung ist dort offenbar nicht mit Rücksicht auf den besprochenen Fall, vielmehr im Interesse der Einfachheit getroffen. Sie ist daher bei allen von der Quart gesetzlich befreiten Vermächtnissen anzuwenden. Windscheid Bd. 3 § 652 Anm. 24 will dies namentlich bezüglich der Vermächtnisse zu milden Zwecken nicht gelten lassen. Mit Unrecht. Es handelt sich im Grunde um rein positive Bestimmungen. Die ganze Lehre ist schon verwickelt genug. Immer mehr zu distinguiren ist vom Uebel. Die herrschende Ansicht stimmt hiermit überein. Vgl. Bangerow Bd. 2 § 538 a. E.

36) Vgl. Dernburg a. a. O. S. 297.

37) Die Novelle 1 cap. 2 § 2 schließt den Abzug aus, wenn dies der Erblasser „expressim" als seinen Willen erklärt hat. Manche verlangen hiernach eine wörtliche Erklärung dieses Inhalts, dies ist aber nicht anzunehmen, es genügt jede deutliche Willensmanifestation, vgl. Leonhard, Irrthum S. 207. Nicht genügen kann aber, wie manche annehmen, daß der Erblasser nicht im Irrthum darüber war, daß er dem Erben durch seine Vermächtnisse mehr als $^3/_4$ entziehe. Vgl. Windscheid Bd. 3 § 651 Anm. 1.

38) Vgl. nov. 1 cap. 2 § 2, oben Bd. 3 § 100 Anm. 5.

1) Vgl. oben Bd. 3 §§ 70 ff.

2) R.G. Bd. 8 S. 314.

In zweifelhaften Fällen hat die Auslegung den Willen des Erblassers zu ermitteln, ohne an den Wortsinn gebunden zu sein.

Läßt sich nicht feststellen, welches von mehreren Objekten vermacht sein sollte, so gilt das minderwerthige als vermacht.[3] [4]

§ 103. 2. Die Subjekte der Vermächtnisse.

Drei Subjekte sind dem Vermächtnisse nöthig, der Erblasser, der es anordnet, der Honorirte, der es empfängt, der Onerirte, welchem es obliegt.

1. Das Vermächtniß anordnen kann jeder Erblasser, wenn er testirfähig ist.[1]

2. Fähig mit Vermächtnissen bedacht zu werden ist jede Person, auch eine künftige für den Fall ihrer Existenz. Auch dem Erben können Vermächtnisse zugewendet werden.[2]

Sind mehrere Personen zusammen bedacht, so theilen sie sich in das vermachte in der Regel nach Köpfen.[3]

Sind sie alternativ bedacht, so sind sie in der Regel korrealiter berechtigt.[4] Denn nach Sprachgesetzen kann nicht, wie Justinian will, das „oder" als „und" ausgelegt werden.[5]

Ist einem aus einem Kreise von Personen vermacht, so kann der Belastete wem er will leisten. Im Falle der Nichtleistung haben sie insgesammt zu klagen.[6]

3. Was den Onerirten anlangt, so ist:

a) Jeder belastungsfähig, wer von Todeswegen aus dem Vermögen des Erblassers etwas erhält, was dieser ihm *zutheilte* oder *willkürlich entziehen konnte*.[7]

---

3) l. 39 § 6 D. de legatis I, l. 29 § 1, l. 75 D. leg. III.

4) Zu beachten ist auch die Regel: in legatis novissimae scripturae valent. l. 12 § 3 D. de leg. I. Vgl. ferner Schrader im Archiv für civ. Praxis Bd. 33 n. 1: „Wenn in zwei mit einander geltenden letztwilligen Verordnungen demselben erst eine kleinere, dann eine größere Summe vermacht ist" u. s. f.

1) Oben Bd. 3 § 67.

2) Ueber die Prälegate zu Gunsten des Erben siehe unten § 115.

3) Dies nach den allgemeinen Regeln des römischen Rechtes, l. 19 § 2 D. de leg. I. Sind Erben, welche zu ungleichen Theilen eingesetzt sind, mit Vermächtnissen bedacht, so gilt zwar gleiche Theilung des Vermächtnisses als Regel, doch wird in diesem Fall oft die Absicht einer Theilung nach dem Verhältniß der Erbtheile aus der Sachlage erhellen, l. 24 und l. 25 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1.

4) l. 16 D. de leg. II. Vgl. oben § 78 Anm. 12.

5) Oben Bd. 3 § 78 Anm. 12.

6) l. 17 § 1, l. 24, l. 25, l. 67 § 7, l. 77 § 4 D. de leg. II. Arndts bei Glück Bd. 46 S. 416.

7) l. 1 § 6 D. de leg. III. Ulpianus libro 1 fideicommissorum: Sciendum

Dies in Gemäßheit der Lehre der Fideikommisse, während Legate nach klassischem Rechte nur den Testamentserben aufgelegt werden konnten.[8]

Es können also belastet werden: Intestat- wie Testamentserben, der Fiskus, der an Erbesstatt steht, Vermächtnißnehmer, auf den Todesfall widerruflich Beschenkte,[9] wer condicionis implendae causa etwas von einem bedingt Honorirten empfing,[10] und die Erben aller dieser Personen.[11]

b) Sofern der Erblasser nichts besonders verfügt hat, gelten seine Erben als mit den Vermächtnissen onerirt.[12]

Und zwar sind sie dies in der Regel getheilt, nach dem Maße ihrer Erbtheile.[13] Natürlich kann der Erblasser aber auch in dieser Hinsicht anderes bestimmen, sie namentlich nach Kopftheilen belasten oder solidarisch verhaften. Auch die Untheilbarkeit des Gegenstandes kann eine Art solidarischer Verpflichtung des Belasteten bewirken.

Vielverhandelte Streitfrage ist, ob Theilung nach Köpfen einzutreten habe, wenn der Erblasser alle oder einzelne seiner Erben bei der Belastung mit ihrem Namen aufführt. Dann seien sie — dies war die Meinung mancher römischer Juristen — als Individuen und nicht als Erben belastet, woraus sich die Absicht der Kopftheilung ergebe. Paulus hat jedoch diese Auffassung zurückgewiesen. Mit Recht; sie ist überfein und beruht auf der Unterstellung eines Raffinements des Testators, welche schon zur Zeit des Paulus gewiß nicht oft zutraf, heutzutage aber ganz sicher nicht zu vermuthen ist. Will der Erblasser Verhaftung seiner Erben nach Kopftheilen, so mag er dies aussprechen.[14]

---

est autem eorum fidei committi quem posse, ad quos aliquid perventurum est morte ejus vel dum eis datur vel dum eis non adimitur. — Nicht belastet kann werden, wer etwas aus dem Nachlasse „fortuito, non judicio testatoris“ erhält, l. 6 § 1 D. de leg. III, oder gegen dessen Willen, l. 31 C. de fideicommissis 6, 42. Ferner auch nicht, wer zwar einen Vermögensvortheil, aber keine Vermögensvermehrung durch das Vermächtniß erhielt. Vgl. die oben Bd. 3 § 98 Anm. 9 abgedruckte Stelle.

8) Gajus Inst. II § 271.

9) l. 3 pr. D. de leg. III, l. 77 § 1 D. de leg. II, l. 9 C. de fideicommissis 6, 42.

10) l. 96 § 4 D. de leg. I.

11) l. 5 § 1, l. 6 pr. D. de leg. III.

12) Sehr häufig war die Formel „quisquis mihi heres heredesque erunt“, l. 36 pr. D. de cond. et dem. 35, 1, l. 3 D. de leg. I. Siehe weiter Brissonius de formulis liber VII cap. 137 ff. Doch genügt, daß niemand speciell als Onerirter bezeichnet ist, damit als onerirt gilt, wer Erbe wird.

13) l. 33 pr., l. 44 pr. D. de leg. II.

14) Die römischen Juristen sind in offenbarem Widerspruche. Das eine Extrem

§ 104. 3. Gegenſtand der Vermächtniſſe. Regula Catoniana.

Gegenſtand des Vermächtniſſes kann jeder Vermögensvortheil ſein. Nach ſeinem Gegenſtande differenziren ſich die Vermächtniſſe. Hiervon wird in dem ſpeciellen Theile der Lehre die Rede ſein.

Die Schranken ſind durch die allgemeinen Rechtsprincipien gegeben.

1. Nichtig ſind Leiſtungen unſittlichen Charakters, wie auch geſetzlich verbotene.[1] [2]

2. Nichtig ſind ferner unmögliche Vermächtniſſe.

Dahin gehört das Vermächtniß einer res extra commercium.[3]

Es iſt auch nicht etwa deſſen Geldwerth zu leiſten. Denn der Onerirte iſt angewieſen, eine Sache und nicht Geld zu gewähren.

Ferner iſt nichtig das Vermächtniß einer Sache, welche der Legatar nicht erwerben kann — deren commercium er für ſeine Perſon nicht hat —, obgleich ſie objektiv nicht außer Verkehr iſt.[4]

---

vertritt Neratius libro 5 membranarum, l. 124 D. de leg. I: Si heredes nominatim enumerati dare quid damnati sunt, propius est, ut viriles partes debeant, quia personarum enumeratio hunc effectum habet, ut exaequentur in legato praestando, qui, si nominati non essent, hereditarias partes debituri essent. Eine Mittelmeinung ſpricht, Pomponius libro 8 ad Sabinum, l. 54 § 3 D. de leg. I aus: Si pars heredum nominata sit in legando, viriles partes heredes debent, si vero omnes hereditarias. Weiter aber geht Paulus libro 8 ad Plautium, l. 17 D. de duobus reis 45, 2: Sive a certis personis heredum nominatim legatum esset, sive ab omnibus excepto aliquo, Atilicinus Sabinus Cassius pro hereditariis partibus totum eos legatum debituros ajunt, quia hereditas eos obligat. idem est quum omnes heredes nominantur. Die zahlreichen gezwungenen, zum Theil lächerlichen Vereinigungsverſuche führen Bangerow Bd. 2 § 521 Anm. 3 und Arndts § 543 Anm. 1 an. Alle dieſe Verſuche ſind geſcheitert. Der Widerſpruch läßt ſich nur hiſtoriſch erklären. Die ältere römiſche Jurisprudenz nahm an, daß dann, wenn Erben mit ihrem Namen als belaſtet aufgeführt wurden, nur Kopftheile geſchuldet würden, vgl. die Anſicht des Labeo in l. 8 § 1 D. de statu liberis 40, 7 bei einem verwandten Falle. Sie wurde hierzu wohl vorzugsweiſe durch Folgendes beſtimmt: Die regelrechte Belaſtungsformel war „quisquis mihi heres heredesve erunt do lego“ oder „dare damnas esto“. Eine Abweichung von der typiſchen Formel, eine Benennung der Erben mit Namen bei der Belaſtung war etwas beſonderes; man ſchloß hieraus, daß der Erblaſſer hierbei auch etwas beſonderes gedacht haben müſſe. Dieſer Schluß war bei der Sorgfalt der Konception der Teſtamente in alter Zeit nicht unberechtigt. Paulus aber legt auf die Bezeichnung mit Namen kein Gewicht mehr. Dafür konnte er ſich auf keine Autorität berufen, wohl aber auf die Erfahrung. Den Erblaſſern ſeiner Zeit waren ſolche ſubtile Abwägungen der Worte im Durchſchnitt fremd. Paulus als unabhängiger und vorurtheilsloſer Geiſt brach daher mit einer Präſumtion, die früher vielleicht berechtigt, zu ſeiner Zeit bei der Mehrzahl der Teſtamente eine Verkehrtheit geworden war.

1) l. 112 § 3 D. de legatis 1.

2) In Rom war verboten „quae aedibus juncta sunt“ zu vermachen, und zwar im Intereſſe der Erhaltung der Gebäude und der Städte, l. 41 § 1, l. 43 pr. D. de leg. I; Bachofen, ausgewählte Lehren S. 302. Das iſt nicht recipirt.

3) § 4 J. de leg. 2, 20.

4) l. 49 § 2 D. de leg. II. Paulus libro 5 ad legem Juliam et Papiam:

Richtig ist endlich wegen Unmöglichkeit das Vermächtniß einer Sache, welche dem Legatar zur Zeit der Errichtung des Vermächtnisses bereits gehört.[5] War jedoch die Meinung, daß dem Legatar gewisse Ansprüche, welche der Erblasser oder auch ein anderer bezüglich der Sache hat, überlassen, oder vielmehr, daß er von den bezüglichen Belastungen befreit werden soll, so steht dem Vermächtniß natürlich nichts entgegen.[6]

Es erhebt sich die Frage, ob das unmögliche Vermächtniß dadurch gültig wird, daß die Erfüllung vor dem Tode des Erblassers möglich wird.

Vorzugsweise mit Rücksicht auf diese Frage bestand seit Alters die regula Catoniana.[7]

Sie lautet: welches Legat ungültig wäre wenn der Testator im Augenblicke der Testamentserrichtung verstorben wäre, wird nicht gültig, mag er auch später versterben.[8]

Labeo refert agrum cujus commercium non habes legari tibi posse Trebatium respondisse, quod merito Priscus Fulcinius falsum esse ajebat. Wie damit l. 40 D. de leg. I Ulpianus libro 2 fideicommissorum zu vereinigen sei, ist sehr streitig: Sed si res aliena, cujus commercium legatarius non habet, ei, cui jus possidendi non est per fideicommissum relinquatur, puto aestimationem deberi. Sehr einfach ist es mit Cujacius — bei Arndts § 547 Anm. citirt — und Mommsen ad h. l. das „non" nach „legatarius" zu streichen. Nur sind die Basiliken wie die Florentina dagegen. Auch ist schwer begreiflich, warum sich Ulpian für den hiernach entstehenden Satz nicht mit größerer Bestimmtheit ausspricht. Ich halte die Erklärung Vangerows Bd. 2 § 525 für vollkommen befriedigend, welcher das entscheidende Gewicht darauf legt, daß es sich in dem von Ulpian besprochenen Falle um eine dem Erblasser und dem Onerirten *fremde* Sache handelt. Der Onerirte, welcher seinerseits in der Lage und bereit ist, dem Legatar die vermachte Sache zu geben, kann natürlich nicht angehalten werden, statt derselben Geld zu zahlen, wenn der Legatar die Sache nicht empfangen kann. Ganz anders steht es aber, wenn der Onerirte die Sache erst erwerben muß, also für sie Geld aufzuwenden hat. Er kann sich gewiß nicht beschweren, wenn er die Summe dem Honorirten direkt auszahlen muß, die er, wenn der Legatar das commercium der Sache hätte, dem Eigenthümer der Sache zu bezahlen hätte.

5) § 10 J. de leg. 2, 20.

6) l. 71 § 5, l. 86 § 4 D. de leg. I.

7) Tit. Dig. de regula Catoniana 34, 7; Arndts, civ. Schriften Bd. 2 S. 485; Rivier, de discrimine, quod inter reg. Cat. Berlin 1858; Machelard sur la règle Catonienne 1862. Von welchem der Catonen die Regel herrührt, ist durchaus ungewiß. Ueber die Frage, ob die Regel noch im justinianischen Rechte Geltung habe, vgl. Vangerow Bd. 2 § 540 IV.

8) l. 1 pr. D. h. t. 34, 7. Celsus libro 35 digestorum Catoniana regula sic definit: quod si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocumque decesserit non valere. Die regula Catoniana ist der Regel der l. 29 D. de reg. jur. 50, 17 verwandt „quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere. Aber sie ist eine besondere Ausgestaltung desselben Grundgedankens. Sie bezieht sich nur auf solche Mängel, welche den Inhalt der Anordnung betreffen, und nicht auf Mängel des Errichtungsaktes als solchen. Windscheid Bd. 3 § 638 Anm. 6, Arndts § 550 Anm. 1.

Aber dieſe Regel, wonach, was ungültig iſt, für immer ungültig bleibt, findet auf bedingte Vermächtniſſe keine Anwendung.[9] [10]

C. Aufhebung der Vermächtniſſe.

§ 105. 1. Entkräftung von Teſtament oder Kodicill.

Vermächtniſſe werden ungültig, wenn das Geſchäft, mittels deſſen ſie errichtet ſind, überhaupt ſeine Kraft verliert.

1. Dies gilt vor allem dann, wenn das Teſtament unwirkſam wird, welches ſie anordnet.[1] Mit dem Teſtamente fallen auch die teſtamentariſchen Kodicille und die in ihnen angeordneten Vermächtniſſe zuſammen.[2]

Die Vermächtniſſe bleiben jedoch bei Kräften:

a) in Folge einer Kodicillarklauſel, durch welche eventuell die Entrichtung den Inteſtaterben aufgelegt iſt.[3]

b) wenn der Erblaſſer die Erbeseinſetzungen ausſtreicht oder verlöſcht, in der Abſicht, ſie zu widerrufen, die Vermächtniſſe aber ſtehen läßt, um ſie zu erhalten, ſo haben ſie die Inteſtaterben zu entrichten.[4]

c) Das prätoriſche Edikt „si quis omissa causa testamenti“

---

9) l. 3 D. h. t. 34, 7, l. 41 § 2 D. de leg. I. Ueberhaupt bezieht ſie ſich nicht auf . . ea legata quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem. Auch auf Erbeseinſetzungen ſoll die Regel nicht bezogen werden.

10) Das Vermächtniß einer dem Legatar gehörenden Sache insbeſondere wird daher gültig, wenn es ein bedingtes iſt und wenn die Sache dem Legatar zur Zeit der Erfüllung der Bedingung nicht mehr gehört, l. 98 D. de cond. et dem. 35, 1. In der l. 1 § 2 D. h. t. 34, 7 ſind die Worte: „si eum alienaveris“ als Theil der Vermächtnißanordnung aufzufaſſen, die alſo eine bedingte war. So beſeitigt ſich der anſcheinende Widerſpruch mit anderen Entſcheidungen: Bangerow Bd. 2 § 536 S. 436 und dort citirte. Andere in den Quellen erwähnte Anwendungen der Regel ſind unpraktiſch geworden. Vgl. über ſie Windſcheid Bd. 3 § 638 Anm. 4. — Die neueren lehren meiſt, daß das Vermächtniß einer res extra commercium unter die regula Catoniana nicht falle, vielmehr auch als ein bedingtes ungültig ſei: Windſcheid a. a. O. Anm. 7 und dort citirte. Das iſt gewiß verfehlt. Es vermacht z. B. jemand einen öffentlichen Platz unter der Bedingung, daß ihn die Gemeinde abtritt, oder einen Theil des Feſtungsterrains für den Fall der Entfeſtigung. Aber natürlich, wenn jemand z. B. das Gebäude der Berliner Univerſität vermachen wollte, dann wäre zu ſagen „furiosi est talia legata testamento adscribere“. l. 39 § 8 D. de leg. I.

1) l. 9 D. de testamentaria tut. 26, 2. Pomponius libro 3 ad Quintum Mucium: Si nemo hereditatem adierit, nihil valet ex his quae testamento scripta sunt.

2) l. 3 § 2 D. de codicillis 29, 7.

3) Vgl. oben Bd. 3 § 95.

4) l. 2 D. de his, quae in testamento delentur 28, 4. So auch Windſcheid Bd. 3 § 641 Anm. 4. Vgl. oben § 94.

schützt die Vermächtnißnehmer gegen den Dolus der Erben, welche die Erbschaft ausschlagen, um sich oder Dritten den Nachlaß frei von Vermächtnissen zu verschaffen.

Der Erbe und der mit ihm kolludierende haften in Folge des Edikts, soweit sie Erbschaftswerthe hinter sich haben oder dolos aufgeben, den Vermächtnißnehmern.[5]

2. Intestatkodicille fallen zusammen, wenn der Erblasser hinterher ein Testament errichtet, sofern er sie nicht aufrecht erhält. Diese Erhaltung muß nicht ausdrücklich, sie kann auch indirekt erklärt sein.[6]

---

5) Tit. Dig. si quis omissa causa 29, 4, Cod. 6, 39. Lenel, edictum S. 292 rekonstruirt das Edikt mit annähernder Sicherheit folgender Gestalt: si quis omissa causa testamenti ab intestato hereditatem partemve ejus possidebit dolove malo fecerit, quo minus possideat, causa cognita de legatis perinde actionem dabo atque si hereditatem ex testamento adisset. Die hiernach aufgestellte Klage war fikticiſch. Die Interpretation hat die Ediktsnorm sehr erweitert. So haftet den Legataren der Testamentserbe, welcher „pretio accepto“ die Erbschaft ausschlug, um sie dem Intestaterben zuzuwenden. Jedoch soll er erst nach diesem belangt werden, l. 2 D. h. t. 29, 4.

6) Viele behaupten, daß ein früheres Intestatkodicill ohne weiteres als Testamentskodicill bestehen bleibe, wenn eine Willensänderung des Erblassers nicht erweislich sei, so daß also im Zweifel die Errichtung eines Testamentes die Aufhebung früherer Kodicille nicht mit sich bringe: Fein bei Glück Bd. 44 S. 168; Sonnenschmidt, neue Erörterungen S. 153; Windscheid Bd. 3 § 640 Anm. 7. Dagegen spricht l. 5 D. de jure codicillorum 29, 7. Papinianus libro 7 responsorum: Ante tabulas testamenti codicilli facti non aliter valent, quam si testamento quod postea factum est vel codicillis confirmentur aut voluntas eorum quocumque indicio retineatur: sed non servabuntur ea, de quibus aliter defunctus novissime judicavit. Allerdings scheinen die Institutionen diese Stelle zu reprobiren. § 1 I. de codicillis 2, 25: Non tantum autem testamento facto potest quis codicillos facere, sed et intestatus quis decedens fideicommittere codicillis potest. sed cum ante testamentum factum codicilli facti erant, Papinianus ait non aliter vires habere, quam si speciali postea voluntate confirmentur. sed divi Severus et Antoninus rescripserunt ex his codicillis qui testamentum praecedunt posse fideicommissum peti si appareat eum, qui testamentum fecerat, a voluntate quam codicillis expresserat non recessisse. In Wahrheit ist kein Widerspruch zwischen den Stellen vorhanden. Mochte Papinian, wie die Institutionen erzählen, früher eine „specialis confirmatio“ der Intestatkodicille verlangt haben, in der l. 5 cit. ist dies nicht der Fall. Er erklärt hier für genügend, daß in irgend einer Weise der Wille der Aufrechterhaltung des Intestatkodicilles erkennbar sei. — Da die responsa erst unter der Mitregenschaft von Severus und Antoninus und, wie es scheint, gegen den Schluß dieser Epoche verfaßt sind — Fitting, Alter der Schriften römischer Juristen S. 31 —, so hat es nichts befremdendes, daß sich Papinian dem Reskript seiner Kaiser konformirt. Etwas anderes besagen die Institutionen auch nicht, es muß „apparere“, daß der Testator nicht von seinem früheren Willen abgestanden ist. Eine gesetzliche Vermuthung für den Fortbestand dieses Willens sprechen die Kaiser nicht aus. Sie würde ebensosehr dem Geiste des römischen Testamentsrechtes als der Lebenserfahrung widersprechen. Denn der Testator, welcher ein förmliches Testament macht, will in der Regel eine neue Regulirung. — Zur Zeit des Severus waren die Fideikommisse formlos. Welche Konfusion hätte entstehen müssen, wenn jeder frühere Zettel, auch wenn er im Testamente nicht direkt oder indirekt bestätigt war, daneben Geltung beansprucht hätte. Hiernach versteht es sich von selbst, daß auch ein früheres mit der Kodicillarklausel versehenes Testament nach

3. Mehrere Kodicille, die verschiedenen Zeiten angehören, gelten nebeneinander. Nur insoweit das spätere dem Inhalte des früheren widerspricht, ist letzteres aufgehoben.[7]

§ 106. 2. Besondere Gründe der Aufhebung der Vermächtnisse.

Die Vermächtnisse verlieren ferner ihre Kraft, theils um deswillen, weil sie sich nicht bestimmungsgemäß verwirklichen lassen, theils durch Widerruf des Erblassers.

1. Fälle der ersten Art sind:

a) Der Honorirte stirbt vor dem Tode des Erblassers oder dem etwaigen späteren Eintritte des dies cedens,[1] oder er wird vorher erwerbsunfähig, z. B. die bedachte Korporation verliert die Korporationsrechte.

b) Der Onerirte fällt weg, ohne daß ein anderer an seine Stelle tritt.

In der Regel ist freilich beim Wegfalle des Onerirten das Vermächtniß von dem zu erfüllen, welcher das dem weggefallenen zugewendete erwirbt oder behält. Dies ist aber nicht ausnahmslos. Es gilt namentlich dann nicht, wenn es sich um höchst persönliche Leistungen handelt, ferner nicht im Falle entgegenstehender Bestimmungen des Erblassers.[2]

c) Das Vermächtniß kann aus Gründen, die in seinem Gegenstande liegen, nicht geleistet werden.

Dies ist namentlich der Fall, wenn das vermachte total untergeht. Tritt an seine Stelle ein neues Werthobjekt und ist dies im Nachlasse

---

Verfertigung eines neuen Testamentes nur dann als Kodicill Geltung hat, wenn es in demselben bestätigt oder doch indirekt anerkannt ist. Vgl. Arndts § 551 Anm. 2.

7) § 3 J. de codicillis 2, 25, l. 6 § 1 D. eod. 29, 7.

1) Vgl. unten Bd. 3 § 107.

2) Francke, Beiträge, Abh. 6: „Wann werden Vermächtnisse ungültig durch Wegfall des damit Beschwerten"; Arndts bei Glück Bd. 47 S. 265. Es wurde oben Bd. 3 § 88 Anm. 8, § 92 Anm. 4 hervorgehoben, daß die dem instituirten Erben persönlich aufgelegten Vermächtnisse in der Regel als von dessen Substituten für den Fall seines Eintrittes wiederholt gelten, desgleichen die dem wegfallenden Miterben aufgelegten von dessen Akkrescenzerben. Nachvermächtnisse hat der Erbe zu entrichten, wenn der Vorvermächtnißnehmer nicht erwirbt, l. 29 pr. D. de leg. II. Aber die einem Intestaterben persönlich aufgelegten Vermächtnisse soll, wenn er nicht Erbe wird, der nachfolgende Intestaterbe nicht zu prästiren haben, l. 1 § 9 und 10 D. de leg. III. Siehe jedoch Kohler im Archiv f. civ. Praxis Bd. 59 S. 98, gegen ihn Windscheid Bd. 3 § 639 Anm. 10. Ferner liegen dem Kollegatar re tantum conjunctus die seinem Kollegatar aufgelegten Vermächtnisse nach der römischen Theorie nicht ob, vgl. unten § 113.

noch vorhanden, so besteht nach der vermutheten Absicht des Erblassers das Legat in der Regel fort.[3]

Erhält ferner der Vermächtnißnehmer die vermachte Sache unentgeltlich von anderer Seite, so geht das Vermächtniß in Folge des concursus duarum causarum lucrativarum unter.[4]

2. Jeder Widerruf des Erblassers hebt das Vermächtniß auf.[5] Er ist an keine bestimmte Form gebunden.[6] Auch der stillschweigende Widerruf genügt.[7] Bei ausbrechender Todfeindschaft zwischen dem Erblasser und dem Honorirten wird er vermuthet.[8]

Im Falle eines bedingten Widerrufes wird das Vermächtniß so behandelt, als wäre es unter der entgegengesetzten Bedingung angeordnet.[9]

Aufhebung des Vermächtnisses und Begründung eines neuen liegt in der Translation desselben, mag dieselbe nun den Honorirten oder den Onerirten oder den Gegenstand des Vermächtnisses betreffen.[10]

---

3) Die römischen Juristen waren verschiedener Ansicht. Sehr liberal waren Julian und Ulpian, denen man sich anzuschließen hat, l. 44 § 2 D. de leg. I: Si pocula quis legavit et massa facta est vel contra, item si lana legetur et vestimentum ex ea fiat, Julianus libro 32 Digestorum scripsit legatum in omnibus supra scriptis consistere et deberi quod exstat: quam sententiam puto veram, si modo non mutaverit testator voluntatem § 3. Sed et si lancem legavit et massam fecit, mox poculum, debebitur poculum, durante scilicet voluntate § 4. Si areae legatae domus imposita sit, debebitur legatario, nisi testator mutavit voluntatem. Andere Juristen gingen weniger weit. So in der l. 88 de leg. III Paulus libro 5 ad legem Juliam et Papiam: Lana legata vestem quae ex ea facta sit deberi non placet. Sed et materia legata navis armariumve ex ea factum non vindicetur. Nave autem legata dissoluta neque materia neque navis debetur. Massa autem legata scyphi ex ea facti exigi possunt. Vgl. noch l. 49 § 5, l. 79 § 2 D. de leg. III, l. 6 § 1 D. de auro argento 34 § 2, siehe Fitting im Archiv für civ. Praxis Bd. 48 S. 159.

4) § 6 I. de leg. 2, 20. Vgl. oben Bd. 2 § 68 Anm. 9.

5) Tit. Inst. de ademptione legatorum et translatione 2, 21 Dig. de adimendis vel transferendis legatis 34, 4.

6) Auch Legate konnten „nuda voluntate" zurückgenommen werden, jedoch wirkte der formlose Widerspruch nur durch exceptio doli, l. 3 § 11 D. h. t. 34, 4, l. 15 D. eod.

7) Eine stillschweigende Zurücknahme wird namentlich in freiwilliger Veräußerung der vermachten Sache durch den Erblasser gesehen, l. 15, l. 18, l. 24 § 1 D. h. t. 34, 4. Anders wenn er „necessitate urgente alienavit" l. 11 § 12 D. de leg. III. Vgl. § 12 J. h. t. 2, 20, l. 3 C. de leg. 6, 37.

8) l. 3 § 11, l. 22 D. h. t. 34, 4. Kapitalfeindschaft war in Rom, ist zum Theil noch jetzt in Italien ein manifester Zustand. In Deutschland ist derartiges selten. Das berechtigt aber nicht die Bestimmung so zu verflachen, daß man ohne weiteres Widerruf unterstellt, „wenn das Verhältniß zwischen Erblasser und Vermächtnißnehmer sich so gestaltet, daß Fortdauer des Vermächtnißwillens nicht anzunehmen ist", wie dies von Windscheid Bd. 3 § 640 Anm. 6 geschieht.

9) l. 10, l. 14 D. h. t. 34, 4, l. 6 pr. D. quando dies 36, 2.

10) l. 6 D. h. t. 34, 4. Paulus libro 5 ad legem Juliam et Papiam: Translatio legati fit quattuor modis: aut enim a persona in personam transfertur:

Im Zweifel gilt durch die Translation das alte Vermächtniß selbst dann als aufgehoben, wenn das neue von Anfang an nicht rechtsbeständig war.[11]

Ist nicht zu erkennen, auf welches von mehreren Vermächtnissen sich ein Widerruf bezieht, so ist es so, als wenn der Widerruf nicht erfolgt wäre.[12]

aut ab eo qui dare jussus est transfertur ut alius det: aut cum res pro re datur ut pro fundo decem aurei: aut quod pure datum est, transfertur sub condicione. Hierin liegt eine Aufzählung, aber keine Eintheilung, denn die bedingte Ademtion steht allen drei Arten der unbedingten als etwas verschiedenes gegenüber.

11) l. 34 pr. D. de leg. I., l. 20 D. h. t. 34, 4. Vgl. Arndts 13. Aufl. § 551 Anm. 4a (der Herausgeber).

12) Bezüglich dieses Falles finden sich entgegengesetzte Entscheidungen in den Quellen, die beide von demselben Autor herrühren. l. 10 D. de rebus dubiis 34, 5. Ulpianus libro 6 disputationum: Si fuerit legatum relictum „ex cognatis meis. qui primus Capitolium ascenderit" si simul duo venisse dicantur, nec apparet quis prior venerit, an impedietur legatum? vel ei qui maximus natu est, et duo pares aetate sint? sed et si legatum Sempronio amico fuerit relictum et duo sint aequa caritate conjuncti? sed et si duobus hominibus ejusdem nominis fuerit legatum, puta Semproniis, mox Sempronio ademptum sit, nec appareat cui ademptum sit: utrum datio in utriusque persona infringitur an ademptio nulla est, quaeri potest... et verius est in his omnibus etiam legata et libertates impediri, ademptionem autem in utrumque valere. Dagegen erklärt in l. 3 § 7 D. h. t. 34, 4 Ulpianus libro 24 ad Sabinum: Si duobus Titiis separatum legaverit et uni ademerit nec appareat, cui ademptum sit. utrique legatum debebitur, quemadmodum et in dando, si non appareat cui datum sit, dicemus neutri legatum. Sehr vielen ist der Widerspruch unerträglich. Daher suchen sie durch Emendirung zu helfen. So will Mommsen in der l. 10 cit. statt „in utrumque" „neutrimque" schreiben. Andere Korrekturen, die sachlich ebenso haltlos, sprachlich aber zum Theil ungeheuerlich sind, siehe bei Arndts § 551 Anm. 5. Viele wollen durch Unterscheidungen verschiedener Fälle helfen. Der geistvollste Versuch dieser Art ist von Kohler, Ademtion der Legate in Grünhuts Zeitschrift Bd. 7 S. 714. Er bezieht die l. 10 cit. auf den Fall, daß der Testator in der Testamentsurkunde selbst vor der Perfektion des Testaments die zweideutige Ademtion gemacht habe, so daß von Anfang an dunkel war, wer der Honorirte sein sollte, während die l. 3 § 7 cit. von dem Falle einer späteren Ademtion handele. Es bleibt jedoch unerklärt, warum Ulpian gerade den entscheidenden Punkt in der l. 10 verschwieg und nicht hervorhob, daß es sich um ein Ademtion „ante impletum testamentum" handelte. — Wir haben daher den Widerspruch offen anzuerkennen. Die Frage ist ja eine solche, über die man zweifelhaft sein kann. Ulpian hat in etwa 20 Jahren massenhaft Bücher — etwa 235 — veröffentlicht, und zwar während anbauernder amtlicher Beschäftigung —, vgl. Pernice, Ulpian als Schriftsteller in den Sitzungsberichten der Akademie der Wissenschaften zu Berlin 1885, XXV. 443. Ist es da ein Wunder, wenn er seine Ansicht änderte? In der l. 10 cit. hat er die Frage gestreift und unrichtig beantwortet, in der l. 3 § 7 cit. genauer überlegt und richtig gelöst. Denn diese letztere Entscheidung ist die praktische. Sie ergiebt sich aus der Vertheilung der Beweislast, vgl. l. 22 D. de probationibus 22, 3.

D. Vermächtnißerwerb.[1]

§ 107. 1. Anfangszeit des Vermächtnisses und Vollzug des Erwerbes.

Die Geltung der Vermächtnisse wie die aller anderen letztwilligen Verfügungen ist an den Erwerb der Erbschaft durch den Erben geknüpft. Erst mit diesem Akt kann sich daher der Vermächtnißerwerb vollziehen. Und die Folge scheint zu sein, daß ihn der Honorirte erleben muß, wenn er das Vermächtniß erwerben soll.

Doch diese Konsequenz schien bedenklich. Sie würde dem Erben ermöglichen, durch Hinzögern des Antrittes Vermächtnisse zu Falle zu bringen und darauf — namentlich wenn die Legatare alt und kränklich waren — geradezu zu spekuliren.

Dies veranlaßte die Jurisprudenz, und zwar schon in der republikanischen Zeit, die Vererblichkeit der Vermächtnisse von dem Zeitpunkte des Erbschaftsantrittes unabhängig zu machen. Zu diesem Zwecke unterscheidet man zwei Momente:

1. den *Anfangstermin* der Vermächtnisse — dies legati cedit —, mit welchem dessen *Vererblichkeit* beginnt.[2]

Als solcher gilt in der Regel die *Todeszeit des Erblassers*.[3 4]

Hiervon ist nicht die Rede, wo andere Hindernisse als der Mangel des Erbschaftserwerbes dem Erwerb des Vermächtnisses entgegenstehen. Daher nicht:

a) bei *höchstpersönlichen Vermächtnissen*, d. h. solchen, die nach ihrem Inhalte auf die Erben des Vermächtnißnehmers nicht übergehen, z. B. des Nießbrauches;[5]

---

1) Tit. Dig. quando dies legatorum 36, 2, Cod. 6, 53, Arndts bei Glück Bd. 48 S. 199 und dort citirte.

2) Viele neuere suchen das römische „dies legati cedit" durch „Anfall" des Vermächtnisses zu verdeutschen. So namentlich Windscheid Bd. 3 § 642. Aber Anfall des Vermächtnisses giebt den specifischen Sinn des römischen Ausdrucks nicht entfernt wieder. Dies Wort würde eher auf den vollzogenen als den begonnenen Erwerb hindeuten. Vgl. l. 213 D. de V. S. 50, 16 „Cedere diem significat incipere deberi pecuniam."

3) Nach der lex Papia Poppaea cedirte die Legatszeit erst „ex apertis tabulis testamenti", Ulpian fragm. XXIV § 31.

4) l. 7 pr. D. h. t. 36, 2. Ulpianus libro 20 ad Sabinum: Heredis aditio moram legati quidem petitioni facit, cessioni diei non facit. Der dies legati cedirt mit dem Tode des Erblassers nicht bloß, wenn der Erbe unbedingt eingesetzt ist und antreten konnte, sondern auch wenn er bedingt ernannt ist und wenn die Bedingung schwebt, insbesondere selbst dann, wenn ihm als Substituten Vermächtnisse aufgelegt sind und der instituirte Erbe sich noch nicht über den Antritt entschieden hat, l. 7 §§ 1 cit. ff.

5) l. 3 D. h. t. 36, 2. Ulpianus libro 5 disputationum: nam cum ad here-

b) ferner nicht bei bedingten Vermächtnissen, solange die Bedingung schwebt und damit noch den Erwerb und die Vererblichkeit des Vermächtnisses aufschiebt.[6]

Dies gilt auch, wenn das Vermächtniß an eine ungewisse Zeit geknüpft ist,[7] es sei denn, daß nicht Anfang und Existenz des Vermächtnisses überhaupt, sondern nur dessen Erfüllung aufgeschoben sein soll.[7 8]

2. Der Erwerb des Vermächtnisses vollzieht sich frühestens mit dem Erbschaftsantritte.

Ist das Vermächtniß an Termine geknüpft, so müssen auch sie zu seiner Geltendmachung herankommen. Jetzt erst heißt es dies legati venit.[9]

Nunmehr geht das Eigenthum der vermachten Sache des Erb-

---

dem non transferatur, frustra est, si ante quis diem ejus cedere dixerit, l. 5 § 1, l. 9 D. eod.

6) l. 5 § 2 D. h. t. 36, 2. Ulpianus libro 20 ad Sabinum: Sed si sub condicione sit legatum relictum, non prius dies legati cedit, quam condicio fuerit impleta, ne quidem si ea sit condicio, quae in potestate sit legatarii, l. un. § 7 C. de caducis tollendis 6, 51. Bei bedingten Geschäften unter Lebenden tritt nach Erfüllung der Bedingung Rückziehung auf den Abschluß des Geschäftes ein, d. h. das bezügliche Recht datirt von jenem Augenblicke an. Solche Rückwirkung kam bei Legaten nicht in Frage. Sie hätte mit ihrem Charakter als Geschäft von Todeswegen in Widerspruch gestanden. Bedingte Vermächtnisse datiren daher erst von dem Eintritt der Bedingung.

7) l. 75 D. de cond. 35, 1. Papinianus libro 34 quaestionum: Dies incertus condicionem in testamento facit. Das bezieht sich nicht bloß auf den absolut ungewissen Termin, sondern auch auf den relativ ungewissen — dies incertus quando. Indessen doch nicht, wie l. 48 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1 von Javolenus libro 11 epistularum ergiebt, wenn der ungewisse Termin bloß „prorogando tempus solutionis" dient, l. 26 § 1 D. h. t. 36, 2, l. 5 C. h. t. 6, 53. Meist behauptet man freilich, daß die Vermuthung gegen den bloßen Zahlungstermin sei, Arndts § 554, siehe jedoch Brinz Bd. 3 S. 407.

8) Eine praktisch wichtige Frage ist, ob die Bestimmung, wonach ein Vermächtniß erst nach dem Tode des Erben zu erfüllen ist, bloß als Aufschub der Zahlung gilt, oder ob sie das Vermächtniß selbst in das ungewisse stellt, der Art, daß der Honorirte den Tod des Onerirten erleben muß? Der Absicht des Erblassers dürfte die erstere Behandlung meist entsprechen. Aber wir finden mehrfach in den Quellen ausgesprochen, daß das Legat „heres meus quum morietur Titio dato" keinen bloßen Aufschub der Zahlung enthalte, wogegen das Legat „heres meus, quum morietur Titius, centum ei dato" einen bloßen Zahlungsaufschub enthalten soll, l. 4, l. 13 D. h. t. 36, 2, l. 1 § 2, l. 79 D. de cond. 35, 1. Die Unsicherheit, wann die Zeit eintritt, ist nun aber in beiden Fällen dieselbe! Wir gehen wohl in der Annahme nicht fehl, daß wir einen Rest alter Formularjurisprudenz und spitzfindiger Worterklärung vor uns haben. Man fand, der Moment, in welchem der Erbe im „Sterben" liege, könne nicht füglich als Zahlungszeit für ihn angesehen werden, deshalb sei er als Bedingung zu erachten. Nimmt man dies an, so haben die gedachten Entscheidungen nur auf jene Formel Bezug und können für Vermächtnisse, die nach dem Tode des Honorirten zu zahlen sind, nicht angewendet werden.

9) l. 21 pr. D. h. t. 36, 2, l. 9 D. ut legatorum 36, 3.

lassers auf den Honorirten über, und es wird seine Forderung aus dem Vermächtnisse klagbar.

§ 108. 2. Das Recht der Repudiation des Vermächtnisses.

Daß man Vermächtnisse dem Honorirten nicht aufzwingen kann, ist selbstverständlich. Es bestand aber in der ersten Kaiserzeit in dieser Hinsicht ein Schulstreit unter den Juristen. Die Prokulianer machten den Erwerb erst von dem erklärten Wollen des Vermächtnißnehmers abhängig. Sie konnten sich hierbei auf die Analogie des Erbschaftserwerbes berufen, der in der Regel sich auch erst durch den Willen des Erben vollzieht. Die Sabinianer ließen den Erwerb von Rechtswegen eintreten, so daß aber dem Vermächtnißnehmer das Recht der Zurückweisung offen stand. In der That paßt die Analogie des Erbschaftserwerbes, welcher Pflichten auflegt, wenig auf Vermächtnisse, die an sich nur Rechte geben.[1]

Die Ansicht der Sabinianer ist in das justinianische Recht übergegangen.[2]

Der Erwerb des Vermächtnisses vollzieht sich also von Rechtswegen ohne Wissen und Willen des Vermächtnißnehmers. Es steht ihm aber das Recht der Repudiation zu. Macht er hiervon Gebrauch, so ist es so, als hätte er das Vermächtniß nie erworben.[3]

Die Erklärung über Annahme oder Ablehnung erfolgt rechtsverbindlich erst, nachdem das Vermächtniß erworben ist.[4]

Hat der Legatar das Vermächtniß nachher angenommen, so kann er nicht mehr repudiren, hat er abgelehnt, nicht mehr annehmen.

---

1) Der Streit koncentrirte sich übrigens auf das Vindikationslegat Gajus Inst. II § 195, über das bedingte Vindikationslegat vgl. Gajus Inst. II § 200. Die Prokulianer erachteten die vermachte Sache, solange die Bedingung des Legates schwebte und solange sich der Legatar noch nicht für die Annahme entschieden hatte, nach Analogie der hereditas jacens als „res nullius", ein keinesfalls glücklicher Gedanke.

2) Die Ansicht, daß der Erwerb der Vermächtnisse sich von Rechtswegen ohne Willen des Honorirten vollziehe, war früher die herrschende und ist es geblieben, vgl. für dieselbe namentlich l. 19 § 1 D. quemadmodum serv. 8, 6. Nicht zuerst, aber am eingehendsten hat sich Köppen gegen sie erklärt, insbesondere in Iherings Jahrbuch Bd. 5 n. 4 S. 184 und Bd. 11 S. 196. Ihm trat namentlich Ihering ebendaselbst Bd. 10 S. 479 Anm. 96 bei. Die Gegenansicht führte schon früher Fitting im Archiv für civ. Praxis Bd. 42 S. 147 ff. aus, ferner gegen Köppen Crafft v. Crailsheim ebendaselbst Bd. 47 n. 21. Eine ausführliche Widerlegung Köppens giebt Arndts bei Glück Bd. 48 S. 274.

3) l. 44 § 1 D. de leg. I, l. 1 § 6 D. si quid in fraudem patroni 38, 5, l. 15 D. de rebus dubiis 34, 5.

4) l. 45 § 1 D. de leg. II.

Von mehreren Vermächtnissen kann der Honorirte das eine ablehnen, das andere annehmen, wenn der Erblasser dies nicht besonders verbot.

Der Honorirte kann dagegen dasselbe Legat nur ganz annehmen oder ablehnen.

Annahme eines Theils gilt als Annahme des Ganzen.[5]

II. Die einzelnen Arten der Vermächtnisse.

A. Nach der Verschiedenheit des Gegenstandes.

§ 109. 1. Vermächtnisse individuell bezeichneter Sachen und von Gesammtheiten.

1. Individuell vermachte körperliche Sachen gebühren dem Vermächtnißnehmer in dem Stande, in welchem sie sich zur Zeit des Erwerbes befinden. Es kommen ihm also die Vermehrungen zu, welche nach der Errichtung geschahen, ohne Unterschied, ob sie durch freie Handlungen des Erblassers entstanden oder zufälligerweise; ebenso sind Verminderungen sein Schade.[1]

Pertinenzen gelten als mitvermacht, nicht minder was nothwendig ist, um die Sache nach der liberalen Absicht des Erblassers zu nutzen.[2] Besondere Fragen sind:

a) Welche Ansprüche hat der Vermächtnißnehmer auf die Früchte der vermachten Nachlaßsache.[3]

Manche betrachten ihn als Eigenthümer aller Früchte, welche vom Augenblicke des Erwerbes des Vermächtnisses an entstehen. Und dies scheint konsequent, da er von da an Eigenthümer der fruchttragenden Sache ist.

Aber er hat im Grunde nur Eigenthum, damit sein Recht sicher steht. Die Uebertragung des Besitzes muß er vom Erben erwarten. So werden ihm auch die Früchte erst nach der Uebergabe zu

5) l. 4, l. 5 D. de leg. II, l. 58 D. eod. Von mehreren Erben des Legatars, welcher sich noch nicht erklärte, kann sich jeder für seinen Theil selbständig über Annahme oder Ablehnung entscheiden, l. 38 D. de leg. I.

1) l. 24 § 2 D. de leg. I, l. 39 D. de leg. III.

2) Der Erbe muß daher z. B. den Zutritt zu dem vermachten Hinterhause gewähren, l. 1 § 1—3 D. si ususfructus pet. 7, 6, er darf ferner dem vermachten Hause das Licht nicht verbauen, l. 10 D. de serv. pr. urb. 8, 2.

3) Brügger, der Anspruch des Singularvermächtnißnehmers auf Früchte 1877, Arndts bei Glück Bd. 48 S. 341.

eigen. Außerdem ſind Früchte zu erſtatten, welche der Erbe nach der Klageerhebung, oder nachdem er ſonſt in Verzug geſetzt iſt, zog oder zu ziehen verſäumte.[4]

b) Der Erblaſſer kann nicht bloß eigene Sachen, ſondern auch ſolche des Erben und Dritter vermachen.

Im letzteren Falle hat der Belaſtete den Erwerb der fremden Sache für deren Taxwerth zu verſuchen und, wenn dieſer nicht gelingt, dem Vermächtnißnehmer den Geldbetrag zu leiſten.

Jedoch iſt die Vermuthung dagegen, daß der Erblaſſer den Onerirten in ſolcher Weiſe verpflichten wollte.

Dieſe Verbindlichkeit iſt daher in der Regel davon abhängig, daß der Erblaſſer nachweisbar wußte, daß die Sache eine fremde ſei.[5] [6]

Hatte der Erblaſſer auf die vermachte Sache des Dritten ein Forderungsrecht, ſo iſt dies zu cediren.[7]

c) Es gilt die Vermuthung, daß der Erblaſſer, wenn er eine Sache ohne Vorbehalt vermachte, dieſelbe frei von Nießbrauch

---

4) Es vertritt die Gegenanſicht insbeſondere Arndts a. a. O. Indeſſen beſtimmt l. 4 C. de usuris et fructibus 6, 47 von Gordian: In legatis et fideicommissis fructus post litis contestationem, non ex die mortis sequuntur, sive in rem sive in personam agatur. Die Verſuche von Arndts, die Beweiskraft dieſer Stelle zu ſchwächen, ſind ganz unzureichend. Was die von Arndts für ſeine Anſicht angeführten l. 102 § 2 D. de legatis I und l. 42 D. de usuris 22, 1 anlangt, ſo bemerkt bezüglich derſelben Windſcheid Bd. 3 § 647 Anm. 14 mit Recht: „Die erſte Stelle ſagt, die zweite ſetzt voraus, daß der Vermächtnißnehmer ſelbſt die Früchte gezogen hat."

5) § 4 J. de leg. 2, 20, l. 39 § 7 D. de leg. I. Vgl. Arndts bei Glück Bd. 46 S. 182, Brinz Bd. 3 S. 314. — Gehört die Sache dem Onerirten, ſo iſt ſie auch dann zu leiſten, wenn ſie der Erblaſſer für die eigene hielt, weil der Belaſtete dann doch nicht zu Geldaufwendungen genöthigt iſt, ſondern aus dem eigenen giebt, l. 67 § 8 D. de leg. II, l. 86 § 3 D. de leg. I. Vgl. übrigens auch Brinz Bd. 3 S. 315.

6) Unter Umſtänden hat der Onerirte die fremde Sache beziehungsweiſe ihren Sachwerth ſelbſt dann zu leiſten, wenn der Erblaſſer nicht wußte, daß ſie eine fremde ſei. Vgl. hierüber l. 10 C. de legatis 6, 37: Alexander: Cum alienam rem quis reliquerit, si quidem sciens, tam ex legato quam ex fideicommisso ab eo qui legatum seu fideicommissum meruit, peti potest. quod si suam esse putavit, non aliter valet relictum, nisi proximae personae vel uxori vel alii tali personae datum sit, cui legaturus esset et si sciisset rem alienam esse. Hier haftet der Beſchwerte folgerecht im Falle der Eviktion zwar nicht auf Erſatz des Intereſſes, wohl aber des Sachwerthes. Dagegen entſpricht es der Konſequenz, daß in anderen Fällen der Onerirte im Falle der Eviktion der von ihm geleiſteten vermachten ſpeciellen Sache nichts zu gewähren hat.

7) l. 39 § 3 D. de leg. I. Hatte ferner der Erblaſſer an der vermachten fremden Sache Eigenthumsbeſitz oder ein eigenthumähnliches dingliches Recht, ſo iſt dies zu gewähren, l. 71 § 6 D. de leg. I. l. 68 pr. D. de leg. III. In der letzteren Stelle iſt ein nutzbares Pfand gemeint. Ihre Entſcheidung würde auf eine Hypothek nicht zutreffen.

und Pfandrecht geliefert haben wollte.[8] Jedoch wenn dieſe Rechte Dritten zuſtehen, iſt dabei vorausgeſetzt, daß er dies wußte.[9]

Auf dauernde Belaſtungen, insbeſondere Grundgerechtigkeiten, Superficies, bezieht ſich dies nicht.[10] Da heutzutage auch Hypotheken an Grundſtücken wirthſchaftlich eine dauernde Belaſtung bilden, ſo paßt die Präſumtion derzeit auch auf Hypotheken nicht mehr.

Ueberhaupt iſt dieſelbe gemeinrechtlich nur cum grano salis anwendbar, da ſie den Abſichten heutiger Erblaſſer oft nicht entſpricht.

2. Sind Geſammtheiten vermacht, ſo gilt als inbegriffen, was von bezüglichen Stücken im Nachlaſſe vorhanden iſt. Auch wenn nur ein einziges Stück übrig blieb, iſt es zu leiſten.[11]

Das Vermächtniß der Geſammtheit gilt als eins. Der Honorirte kann es nur ganz annehmen oder zurückweiſen.[12]

§ 110. 2. Indeterminirte Vermächtniſſe.

Nicht ſelten laſſen Vermächtnißanordnungen das zu leiſtende Individuum noch dahingeſtellt, ſo daß die Beſtimmung dem Legatar oder dem Onerirten oder auch Dritten anheimfällt. Solche indeterminirten Vermächtniſſe ſind mannigfacher Art.

1. Wahlvermächtniſſe gewähren das Recht der Wahl eines Stückes oder mehrerer aus einer gewiſſen Kategorie von Nachlaßobjekten. Es beſtanden hierfür in Rom zwei Formulare, ein älteres und ein jüngeres, welche in der vorjuſtinianiſchen Zeit verſchiedene Wirkungen hatten.[1]

a) Das ältere war das legatum optionis, das ausdrückliche

8) l. 66 § 6 D. de leg. II.

9) § 5 J. de leg. 2, 20, l. 6 C. de fideicommissis 6, 42, l. 57 D. de leg. I. Die Quellen ſprechen dieſe Beſchränkung nur bezüglich der Pfandbelaſtung aus, nicht aber hinſichtlich des Uſusfruktes. Daher wollen ſie manche gegen die Analogie bezüglich ſeiner nicht anwenden. So neuerdings Brinz Bd. 3 S. 321. Das iſt unannehmbar: das Stillſchweigen der Quellen hierüber hat — Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 135 — ſeinen Grund darin, daß ſich Nichtkenntniß des Eigenthümers von dem Beſtand eines Uſusfruktes nur ſelten findet.

10) Was die Quellen hinſichtlich des Nießbrauches und des Pfandrechtes ausſprechen, übertragen viele auf Superficies und Emphyteuſis. So Arndts § 560 Anm. f, Windſcheid Bd. 3 § 654 Anm. 16. Mit Recht hat ſich dagegen Brinz a. a. O. Bd. 3 S. 341 erklärt. Er hebt hervor, daß den Nutzen ſuperficiariſcher und emphyteutiſcher Grundſtücke der Grundeigenthümer in Geſtalt des Bodenzinſes und anderer Aequivalente hat.

11) § 18 J. de leg. 2, 20.

12) l. 6 D. de leg. II.

1) Tit. Dig. de optione vel electione legata 33, 5. Bernſtein, z. L. v. legatum optionis in der Zeitſchrift für Rechtsgeſchichte n. F. Bd. 1 S. 151.

Wahlvermächtniß mit der Formel „optato elegito“, eine Species des Vindikationslegates.[2]

Das Wahlrecht galt dem Legatar nur für seine Person gegeben. Daher war dies Legat unvererblich, durch die persönliche Wahl des Legatars bedingt.[3]

Der Satz entsprach praktischen Bedürfnissen. Die Unvererblichkeit sollte übermäßige Verschleppung der Wahl durch den Legatar verhindern. Denn solange die Wahl nicht geschehen war, befand sich der Erbe in der fatalen Lage, keines der zur Wahl gestellten Nachlaßobjekte mit Sicherheit veräußern zu können, da der Legatar gerade das veräußerte in Anspruch nehmen konnte.

Dies führte auch dazu, dem Legatar auf Antrag des Erben gerichtlich eine Frist zur Vornahme der Wahl zu stecken, unter dem Präjudize der Verwirkung des Legates, wenn die Fristversäumniß den Erben beschädigen würde.[4]

b) Weiter kam das indirekte Wahlvermächtniß auf, indem der Erblasser eins oder mehrere Stücke aus einer Kategorie von Nachlaßsachen „generell“ vermachte.[5] Auch hierbei hatte der Legatar im Zweifel die Wahl. Sie war aber nicht höchstpersönlich;[6] vielleicht weil man zur Zeit der Anerkennung dieser Form sich bereits durch die gerichtliche Zielsetzung gegen ungemessene Verzögerung half.

Diese indirekten Wahlvermächtnisse bezeichnen die neueren nicht selten als Gattungsvermächtnisse.[7] Ein schlimmer Mißgriff. Bilden drei Pferde, von denen dem Legatar eins „generell“ vermacht wird, eine eigene Gattung?

Justinian hat das ausdrückliche und das indirekte Wahlvermächtniß verschmolzen.[8]

Die Wahl gebührt auch jetzt in der Regel dem Vermächtnißnehmer; sie ist vererblich; war sie einem Dritten zugewiesen und stirbt dieser oder wird unfähig oder verzögert sie über ein Jahr, so geht sie auf den Vermächtnißnehmer über.[9] Einigen sich mehrere gemeinsam zur

2) Ulpian. fragm. XXIV § 14.

3) § 23 J. de legatis 2, 20.

4) l. 6—8, l. 13 § 1 D. h. t. 33, 5.

5) § 22 J. de legatis 2, 20.

6) l. 12 § 7 D. quando dies legatorum 36, 2.

7) Die Verwechselung ist alt. So spricht z. B. Pothier, Pandectae justinianae ad h. t. sectio II von dem „legato generis“, wo er überwiegend nur von einem „generell“ vermachten Objekte handelt.

8) Vgl. Bernstein a. a. O.

9) l. 3 § 1 C. communia de legatis 6, 43.

Wahl berufene nicht, so entscheidet über den Wahlberechtigten das Loos.[10] Die Wahl ist erst nach dem Erbschaftsantritte zulässig.[11] Die alten Bestimmungen über Setzen einer Frist durch das Gericht bestehen fort. Der Legatar darf nicht das Beste wählen.[12]

Die einmal getroffene Wahl ist unabänderlich, es sei denn, daß dem Wahlberechtigten nicht alle Stücke, unter denen er wählen durfte, vorgelegt waren,[13] oder daß er etwas wählte, worauf sein Wahlrecht nicht ging.[14]

2. Etwas ganz anderes sind *Gattungsvermächtnisse*, bei denen etwas bloß der *Gattung nach bestimmtes ohne Rücksicht auf das im Nachlasse vorhandene* zu leisten ist, z. B. eine Summe Geldes. Natürlich muß das vermachte nach Quantität und Qualität bestimmbar sein.[15]

Es ist Auslegungsfrage, ob ein generell gefaßtes Legat, z. B. ein Faß Wein, als Wahlvermächtniß gemeint ist, so daß es sich nur auf Nachlaßvorräthe bezieht oder als Genuslegat.[16]

Beim Gattungslegat hat der Onerirte die Wahl des zu liefernden Individuums.

Bei solchen Legaten haftet der Onerirte im Falle der Eviktion des von ihm geleisteten.[17]

3. Das indeterminirte Vermächtniß kann endlich ein *alternatives* sein, sei es, daß die eine oder die andere Nachlaßsache, oder das eine oder andere sonstige Objekt vermacht wird.

---

10) § 23 J. de leg. 2, 20.

11) l. 16 D. h. t. 33, 5.

12) l. 37 pr. D. de leg. I.

13) l. 4 D. h. t. 33, 5.

14) l. 2 § 2 und 3 D. h. t. 33, 5.

15) l. 71 pr. D. de leg. I.

16) Im Geiste der deutschen Sprache ist Gewicht auf die Zufügung des Artikels zu legen. Erklärt der Erblasser z. B.: ich vermache „den" Wein, so ist nur an im Nachlasse vorhandenes zu denken, sagt er aber: ich vermache „Wein", so wird nicht leicht etwas anderes als eine angemessene Quantität ohne Rücksicht auf das im Nachlasse vorhandene gemeint sein. Die Entscheidung der l. 7 pr. D. de tritico 33, 6 ist daher keinenfalls derzeit unbedingt maßgebend. Dort war dem Erben aufgelegt, der Frau des Erblassers „vinum oleum frumentum, acetum, mella, salsamenta" zu geben, und der Jurist entscheidet, es sei alles von den betreffenden Dingen im Nachlasse vorhandene zu gewähren. Doch kann auch bei uns je nach Umständen eine gleiche Auslegung geboten sein. Es bestimmt z. B. der Erblasser: meine Schwester A. erhält meine Möbel, meine Schwester B. Kupferstiche und Gemälde. Anders Bangerow Bd. 2 § 550 Ziff. 3, vgl. aber auch Windscheid Bd. 3 § 655 Anm. 9.

17) l. 45 § 1 D. de leg. I, l. 71 § 1 D. de eod., l. 29 § 3 D. de leg. III.

Der Legatar hat die Wahl, wenn es sich um die eine oder die andere Nachlaßsache handelt.

Sonst hat der Onerirte, also der Schuldner die Wahl.[18]

§ 111. 3. Vermächtnisse auf Lebenszeit.

Häufig ist der Zweck des Vermächtnisses nicht Zuwendung eines Kapitales, vielmehr Versorgung des Honorirten auf Lebenszeit oder sonst auf Zeit.

1. In dinglicher Weise wird dieser Zweck durch Vermächtniß des Usufruktes oder Quasiusufruktes an Nachlaßsachen erreicht.[1]

Das Vermächtniß des Usufruktes gehört sehr alter Zeit an, und mancher Satz der Formularjurisprudenz, der sonderbar anmuthet, erhielt sich hier bis in das justinianische Recht hinein.

Wollte z. B. der Erblasser dem einen Legatar das Eigenthum einer Sache zuwenden und einem anderen den vollen Nießbrauch derselben Sache, so mußte er dem ersteren die Proprietät „deducto usufructu“ vermachen, um diesen Zweck zu erreichen. Unterließ er diesen Zusatz, so erhielt der Legatar des Nießbrauches nur dessen Hälfte, weil man annahm, in dem Vermächtniß der Proprietät ohne Beschränkung stecke auch der Nießbrauch, folglich sei derselbe zwischen den Legataren getheilt.[2] Daß das gemeinrechtlich keine Geltung hat, ist klar.

Eine vielfach eigenthümliche Ausbildung erhielt auch das Akkrescenzrecht unter mehreren, welchen der Usufrukt derselben Sache zusammen vermacht ist. Es entstehen zwar durch die Konkurrenz der Legatare Theile. Fällt aber der eine der Kollegatare später, insbesondere durch Tod, weg, so wächst dessen Nießbrauchstheil auch nachträglich dem

---

18) Nach dem Rechte der klassischen Zeit war zu unterscheiden, ob das alternative Vermächtniß ein Vindikationslegat war, dann hatte der Legatar die Wahl, vgl. l. 34 § 14 D. de leg. I, l. 23 D. de leg. II, oder ob es ein Damnationslegat war, dann hatte der Erbe als Schuldner das Wahlrecht, l. 11 § 1 D. de leg. II. Nach justinianischem Rechte ist dies in der Art anzuwenden, daß der Legatar die Wahl hat, wenn ihm Nachlaßsachen alternativ vermacht sind, so daß er die dingliche Klage hat, während sonst der Erbe — als Schuldner — das Recht der Wahl hat.

1) Tit. Dig. de usu et usu fructu et reditu et habitatione et operis per legatum vel fideicommissum datis 33, 2. Daß man auch einen Nießbrauch an Sachen des Onerirten und selbst an Sachen Dritter vermachen kann, ist selbstverständlich. Es kommt aber derartiges sehr selten vor, und wenn es vorkäme, würden die allgemeinen Grundsätze das Verhältniß regeln.

2) Siehe die oben § 78 Anm. 5 abgedruckte l. 19 D. h. t. 33, 2 und dazu Anm. 9 ebendort.

Kollegatar an, wenn dieſer ſeinen Theil erworben hat, ſelbſt wenn er denſelben wieder verloren haben ſollte.[3] [4]

2. Perſönliche Anſprüche auf Zeit giebt in der Regel:

a) das Rentenvermächtniß.[5]

Daſſelbe gilt im Zweifel als lebenslänglich.[6] Man betrachtet es nicht als ein Vermächtniß, ſondern als eine Mehrheit von Vermächtniſſen. Jede einzelne Rate cedirt daher mit ihrem Termine beſonders. Der Rentenbezüger muß denſelben erleben, erwirbt dann aber auch die volle Rate.[7] Das Rentenvermächtniß kann von kürzerer Dauer als die Lebenszeit des Bezügers ſein, kann aber andererſeits auch eine ewige Rente geben.[8]

Die einzelnen Raten ſind pränumerando zu zahlen. Dies entſpricht dem Zweck der Rente und iſt üblich. Natürlich kann der Erblaſſer anderes beſtimmen.

Vom Rentenvermächtniß verſchieden iſt ein in Terminen, z. B. in Jahreszielen zu entrichtendes Kapitalvermächtniß.

Solche Vermächtniſſe cediren mit dem Tode des Erblaſſers ganz, ſind alſo, wenn der Honorirte dieſe Zeit erlebt, voll vererblich.[9]

b) Das Alimentenvermächtniß ſoll den Unterhalt des Honorirten gewähren.[10]

Im Zweifel gilt es gleichfalls als lebenslänglich.

---

3) Tit. Dig. de usu fructu adcrescendo 7, 2, Bangerow Bd. 2 § 554, Schlayer im Archiv für civ. Praxis Bd. 51 n. 18, Arndts bei Glück Bd. 48 S. 101.

4) Um den vermachten Nießbrauch gegen die Gefahr des Verluſtes durch capitis deminutio oder auch durch non usus zu ſchützen, waren in Rom beſondere Klauſeln in Gebrauch. Man repetirte ihn entweder ſo: „quotiensque capite minutus erit ei lego“, oder ſo: „quotiens amissus erit“, l. 3 pr. D. q. m. usus fructus am. 7, 4. Man interpretirte auch, daß er für alle Verluſtfälle als repetirt gelte, wenn vermacht ſei „quamdiu vivat“. Ferner nahm man an, daß der auf einzelne Jahre oder Monate oder Tage, aber lebenslänglich vermachte Nießbrauch mit dem jeweiligen Termin immer wieder auflebe und neu werde, ſo daß ihn die capitis deminutio nicht dauernd treffen konnte, l. 1 § 3 D. eod. Einen praktiſchen Gebrauch werden dieſe Beſtimmungen nicht mehr haben.

5) Tit. Dig. de annuis legatis 33, 1.

6) l. 8 D. de annuis legatis 33, 1.

7) l. 4 de eod. 33, 1. Paulus libro 62 ad edictum: Si in singulos annos alicui legatum sit, Sabinus, cujus sententia vera est, plura legata esse ait et primi anni purum sequentium condicionale: videri enim hanc inesse condicionem „si vivat“ et ideo mortuo eo ad heredem legatum non transire.

8) l. 22 C. de legatis 6, 37.

9) l. 20, l. 26 § 2 D. quando dies 36, 2. Wenig glücklich nennt man ſolche Vermächtniſſe oft „Ratenvermächtniſſe“.

10) Tit. Dig. de alimentis vel cibariis legatis 34, 1. Ueber den Umfang der Alimente ſiehe oben Bd. 2 § 31.

Dies nahmen die Römer selbst an, wenn einem Unmündigen Alimente hinterlassen wurden, ohne daß eine Grenze gesetzt war.

Bei uns gelten Alimente in diesem Falle regelmäßig nur als bis zur selbständigen Erwerbsfähigkeit hinterlassen.[11]

Das Alimentenvermächtniß ist in mehreren Beziehungen besonders begünstigt.[12]

§ 112. 4. Forderungen als Gegenstand von Vermächtnissen.[1]

In dreifacher Art können Forderungen den Gegenstand eines Vermächtnisses bilden, als Forderungsvermächtniß, Liberationsvermächtniß und Schuldvermächtniß.

1. Das Forderungsvermächtniß — legatum nominis — bezweckt die Uebertragung einer Forderung an den Legatar. Meist handelt es sich um Ausstände des Erblassers, denkbar ist auch das Vermächtniß einer Forderung des Onerirten oder gar eines Dritten.[2]

Ein Vermächtniß des Schuldscheines schließt nach der Intention des Erblassers das der Forderung in sich, da letztere sich nach der vulgären Vorstellung in dem Schuldscheine verkörpert.[3]

Als mitvermacht gelten rückständige Zinsen.[4] Mit der Forderung

---

11) Ulpian entscheidet in der l. 14 pr. D. h. t. 34, 1 für die „puero vel puellae" vermachten Alimente: „si non paret quid sentiat testator, per totum tempus vitae debebuntur". Das mag im Sinne der römischen Kaiserzeit gelegen haben, wo es inmitten einer trägen Bevölkerung nichts befremdendes war, wenn man dem jungen Manne das „dolce far niente" für die Lebenszeit sicherte. Einem deutschen Erblasser kommt so etwas nicht in den Sinn, wenn nicht ganz besondere Umstände vorliegen.

12) Solche Begünstigungen sind: a) Alimente konnten Erbunfähigen vermacht werden, l. 11 D. h. t. 34, 1. Es ist daher anzunehmen, daß auch die Beschränkungen der Erwerbsunfähigkeit, insbesondere unehelicher Kinder des Erblassers, nicht auf Alimentenvermächtnisse Anwendung finden. b) Sind Alimente bis zur Mündigkeit vermacht, so gilt die s. g. plena pubertas, d. h. bei dem männlichen Geschlechte das 18., bei dem weiblichen das 14. Jahr als die Grenze, l. 14 § 1 D. h. t. 34, 1. c) Eine Begünstigung gegenüber der Falcidia ist oben Bd. 3 § 101 Anm. 4 a. E. erwähnt. d) Eine allgemeine Zurücknahme der Vermächtnisse betrifft im Zweifel das Alimentenvermächtniß nicht, l. 18 § 3 D. h. t. 34, 1. e) Vergleiche über letztwillig hinterlassene Alimente wurden an gerichtliche Bestätigung geknüpft. Vgl. hierüber und über die Erweiterung der Bestimmung oben Bd. 2 § 31 Anm. 4.

1) H. Krüger, über Vermächtnisse von Forderungen. Greifsw. Inauguraldissertation 1883.

2) Auch künftige Forderungen können vermacht werden, nicht minder wie künftige Sachen.

3) l. 44 § 5 D. de leg. I. Sind in einem Hause, das mit allem, was darinnen ist, vermacht wurde, Schuldokumente aufbewahrt, so sind in der Regel die bezüglichen Forderungen nicht als mitvermacht anzusehen. l. 86 pr. D. de leg. II, l. 92 § 1 D. de leg. III.

4) l. 34 pr. D. de leg. III.

gehen ihre Accessionen über. Für den Bestand[5] oder die Güte der Forderung haftet der Onerirte nicht.[6]

Erlischt die vermachte Forderung zu Lebzeiten des Erblassers durch Zahlung oder in anderer Weise, so endigt das Forderungsvermächtniß, aber es erhält sich, wenn der Erblasser das eingenommene oder das hierfür angeschaffte ersichtlich an die Stelle treten lassen wollte.[7]

Die vermachte Forderung des Erblassers geht unmittelbar mit dem Erbschaftsantritte auf den Legatar über,[8] wie dieser unmittelbar Eigenthümer vermachter Sachen wird. Aber einziehen darf er die Forderung nur, nachdem der Onerirte hierein willigte oder hierzu rechtskräftig verurtheilt ist. Denn auch an körperlichen Sachen darf der Legatar trotz des unmittelbaren Eigenthumserwerbes eigenmächtig Besitz nicht ergreifen.[9] [10]

2. Befreiung des Legatars von Schulden gegenüber dem Erblasser oder dem Erben oder Dritten bildet den Inhalt des Liberationsvermächtnisses.[11] [12]

Sie erfolgt unmittelbar mit dem Erbschaftsantritte, wenn der Erblasser oder auch der Erbe der Gläubiger war.[13] Quittung und Rück-

---

5) l. 75 § 1 D. de leg. I.

6) arg. l. 22 § 4 D. ad legem Falcidiam 35, 2.

7) l. 11 § 13, l. 64 D. de legatis III.

8) l. 18 C. de legatis 6, 37. Wenn die Gläubiger des Erben die vermachte Forderung pfänden, so kann der Vermächtnißnehmer dieselbe also als ihm gehörig in Anspruch nehmen.

9) Die Quellen haben sich hierüber nicht ausgesprochen; wenig beschäftigt man sich mit der Frage auch in der gemeinrechtlichen Litteratur.

10) Der absonderliche Fall, daß der Gläubiger, welchem Schuldgegenstände alternativ geschuldet waren, einen dieser Gegenstände vermacht, oder gar den einen dem A. und den andern dem B. vermacht, muß einmal Julian begegnet sein, l. 76 D. de leg. I, und so beschäftigen sich mit ihm auch andere Juristen, l. 50 § 1 D. de leg. II, l. 75 § 4 D. de leg. I, nicht minder die neueren, die aber mit der Entscheidung Julians oft nicht einverstanden sind. Vgl. Krüger a. a. O. Einen ähnlichen, recht verzwickten Fall bei passiver Korrealobligation behandeln Julian l. 82 § 5 D. de leg. I und Pomponius l. 13 pr. D. de leg. II. Vgl. Fitting, Korrealobligation S. 158, S. 183, Krüger a. a. O. S. 9.

11) Tit. Dig. de liberatione legata 34, 3.

12) Die direkte Form für das Liberationslegat war: heres damnas esto liberare illum, l. 19 D. h. t. 34, 3, oder „non petere" — l. 2 pr. D. h. t. — Jedoch gehörte diese Formel erst der Kaiserzeit an, l. 3 pr. D. h. t. 34. 3, § 13 J. de leg. 2, 20. Die ältere Formel, die sich dann auch später im Gebrauche erhielt, war offenbar: „heres meus centum quos mihi Titius debet, damnas esto ei dare", l. 25 D. h. t. 34, 3.

13) Der Umfang der Liberation bestimmt sich nach dem Willen des Erblassers. Hat er dem Legatar „alle seine Ansprüche" erlassen, so bezieht sich dies doch im Zweifel nur auf solche, die er kannte, es sei denn, daß er besonders auch etwaige unbekannte erlassen will; ferner nur auf gegenwärtig bestehende, l. 28 § 1, l. 31 § 5 D. h. t. 34, 3, l. 46 D. de leg. II. Die Befreiung des Hauptschuldners

gabe des Schuldscheines kann verlangt werden.

Handelt es sich um Befreiung von Ansprüchen Dritter, so hat sie der Belastete durch Verhandlung mit diesen, eventuell durch Zahlung zu bewirken.

Die Schuld, von welcher die Befreiung vermacht ist, muß im Augenblicke des Todes des Erblassers existiren, sonst ist das Vermächtniß gegenstandslos. Dem Legatar gebührt im Falle ihrer Nichtexistenz also nicht etwa die angegebene, angebliche Schuldsumme. Allerdings wollte ihn der Erblasser um deren Betrag bereichern, aber er wollte es auf eine besondere Art.[14] [15]

3. Wenn der Schuldner seinem Gläubiger die Zahlung dessen vermacht, was er ihm schuldet, so nennt man dies Schuldvermächtniß — legatum debiti.[16]

In Rom erachtete man das Schuldvermächtniß für nichtig, wenn es nicht in Bezug auf Summe oder Zahlungsmodalitäten ein Mehr in sich schloß gegenüber der Schuld. Denn wo blieb sonst die liberale Zuwendung seitens des Erblassers? Aber heutzutage gilt es auch hiervon abgesehen als gültig, da es jedenfalls dem Gläubiger erleichtert, zu seinem Rechte zu kommen, also einen, wenn auch nicht in bestimmten Zahlen auszudrückenden Vortheil gewährt.[17]

---

kommt dem Bürgen, die des Bürgen aber nicht dem Hauptschuldner zu gute, l. 2 pr. D. h. t. Die Befreiung eines Korrealschuldners nutzt dem andern nur, wenn sie „socii" sind, l. 3 § 3 D. h. t. In Rom erhielt der Schuldner unmittelbar vom Tode des Erblassers an exceptio, er konnte auch, wenn die Schuld nach der Absicht des Erblassers total beseitigt werden sollte, acceptilatio verlangen, l. 3 § 3 D. h. t., l. 22 D. eod. Ueber das gemeine Recht vgl. Windscheid Bd. 3 § 657 Anm. 9, mit welchem wir übereinstimmen.

14) Das Befreiungslegat ist streng genommen gegenstandslos, wenn die bezügliche Schuld nicht besteht; denn was nicht existirt, kann auch nicht aufgehoben werden, vgl. l. 13 D. h. t. 34, 3. Dennoch hat es auch in diesem Falle Bedeutung, wenn die Frage der Existenz der Schuld illiquide ist. Es erlischt durch Untergang der Schuld bei Lebzeiten des Gläubigers, l. 21 D. h. t. 34, 3. Ob der Erblasser das Legat dadurch widerruft, daß er die fragliche Schuld einfordert, ist Thatfrage, die für die Regel zu bejahen ist.

15) Den Römern machte die alte Form des Liberationslegates „decem quae mihi Titius debet ei do lego" Skrupel. Denn aus ihr konnte man folgern, daß die bezeichnete Summe schlechthin vermacht sei und daß nur eine „falsa demonstratio" zugefügt sei. Dennoch war dies keineswegs begründet, denn die Absicht ging auch bei dieser Formel auf ein Liberationslegat und nichts anderes. So die l. 75 § 2 D. de leg. I; auch die l. 25 D. h. t. kommt zu diesem Resultat. Doch sind die Meinungen der neueren sehr getheilt. Vgl. Bangerow Bd. 2 § 555, Arndts § 576 und dort citirte. Für das heutige Recht hat man jedenfalls davon auszugehen, daß das „Liberationsvermächtniß" an sich kein „Summenvermächtniß" ist.

16) Hartmann im Archiv für civ. Praxis Bd. 70 n. 8.

17) Nach römischem Rechte war das Schuldvermächtniß „inutile", „nullum", wenn sich nicht ein Plus in dem Legate fand gegenüber der Schuld, § 14 J. de leg. 2, 20, l. 13, l. 14, l. 25, l. 28 § 13 D. de liber. leg. 34, 3, l. 82 pr. D. de leg. II.

Besteht also die Schuld, so hat der Gläubiger zwei Klagrechte, die ihm nebeneinander zustehen, so, daß aber einmalige Befriedigung beide beseitigt.

Die Geltendmachung des Schuldvermächtnisses verlangt, daß alle formellen und materiellen Erfordernisse eines Vermächtnisses vorhanden sind. Dem Gläubiger kommen hierbei die Privilegien der Vermächtnisse, insbesondere der Anspruch auf Sicherstellung zu gute, und es treffen ihn die Beschränkungen der Vermächtnisse, insbesondere die Zurücksetzungen gegen die Erbschaftsgläubiger.[18]

Der Erbe kann gegen das Vermächtniß einwenden:

a) daß der Erblasser die Schuld irrthümlicherweise als bestehend ansah,[19]

---

l. § 1 10 D. ad legem Falcidiam 35, 2. Windscheid Bd. 3 § 658 will dies so verstehen: „In einer Verfügung, welche Befriedigung eines Gläubigers anordnet, ohne demselben etwas zu gewähren, was er nicht schon als Gläubiger hat, darf im Zweifel gar nicht der Wille, ein Vermächtniß zu hinterlassen, gefunden werden; wenn aber der Wille, ein Vermächtniß zu hinterlassen, anderweitig feststeht, so hat der Gläubiger auf das ihm als Gläubiger gebührende einen zweiten Anspruch aus dem Vermächtnisse." Das ist schwer zu begreifen. Der Schuldner *erklärt* in seinem letzten Willen, seinem Gläubiger Zahlung seiner Schuld zu *vermachen*. Dennoch soll er dies Vermächtniß im Zweifel nicht wollen, aber anderweitig soll dieser Wille festgestellt werden können. Da fragt man doch billig, wie und in welchen Formen ist dies anderweit festzustellen? Von solcher überkünstlichen Auffassung sind die Quellen sehr fern. Ihnen ist das Vermächtniß nichtig! Es ist daher nicht zu bezweifeln, daß in Rom, wenn der Legatar aus dem Schuldvermächtnisse klagte, der Schuldner einwenden konnte, er sei die fragliche Summe in gleicher Höhe schuldig, die Legatsklage sei also unbegründet, und daß der Gläubiger daraufhin mit der Klage aus dem Legate abgewiesen werden mußte. Vgl. l. 28 § 14 D. de lib. leg. 34, 3. Hierfür aber bestanden zwei Gründe. Der eine war praktischer Natur. Man suchte dadurch die Möglichkeit von Doppelklagen wegen desselben Ausstandes, welche zu doppelten Judikaten und doppeltem Zahlungszwang führen mußten, solange der Prozeß noch die alte Strenge hatte, auszuschließen. Aus ähnlichen Gründen war bezüglich des Vermächtnisses der Dos an die Frau das edictum de alterutro aufgestellt. Vgl. oben Bd. 3 § 14 Anm. 7. Dann aber schien ein derartiges Legat theoretisch um deswillen ungültig, weil es keine Liberalität enthielt. Die erstere Erwägung verlor in der Kaiserzeit ihr Gewicht, da man jetzt infolge der Exceptionen in doppelten Klagen wegen desselben Schuldgegenstandes nichts bedenkliches mehr fand. Ueber die zweite kam man nicht vollständig hinaus. Nur wenn das Legat ein Mehr als die Schuld bot, schien es als Legat gültig, weil es dann allerdings zweifellos eine Liberalität bot. Marcellus freilich nahm unbedingt die Gültigkeit des legatum debiti an, l. 28 § 1 de legat. I. Er drang aber nicht durch. Im gemeinen Rechte dagegen wurde die römische Auffassung weder verstanden noch recipirt. Eine Klage aus einem Schuldvermächtniß wurde nie auf Grund des Einwandes zurückgewiesen, daß der Erbe den betreffenden Betrag in derselben Höhe und Art schulde, vgl. mein preuß. Priv.R. Bd. 3 § 152 Anm. 2, Hartmann a. a. O.

18) Nachvermächtnisse können ihm nur insoweit aufgelegt werden, als er durch das Schuldvermächtniß in der That mehr erhält, als seine Forderung beträgt. Vgl. oben Bd. 3 § 98 Anm. 9.

19) Dies wegen Irrthums in dem bestimmenden Motive, vgl. oben Bd. 3 § 79.

b) daß er sie bei Lebzeiten durch Zahlung oder in anderer Weise getilgt hat.[20]

c) Bedingungen und Zahlungstermine des Schuldverhältnisses gelten als im Schuldvermächtnisse wiederholt.[21]

Hat der Erblasser, wissend daß er nichts schulde, eine bestimmte Summe unter der Bemerkung, daß er sie schuldig sei, vermacht, so liegt zwar kein Schuldvermächtniß vor, wohl aber das Vermächtniß einer Summe unter einer falschen Angabe, die nichts schadet.[22]

Der Gläubiger kann natürlich auch seine ursprüngliche Forderung geltend machen, die er dann selbständig begründen und beweisen muß. Die letztwillige Erklärung des Erblassers kann diesen Beweis nicht ersetzen und höchstens ein mehr oder minder zu beachtendes Indicium abgeben.

Das absolutorische Erkenntniß in der einen der beiden Klagen steht der anderen Klage nicht entgegen, da sich die Klaggründe nicht decken.[23]

Der Erblasser kann auch seinen Erben die Zahlung einer Forderung auflegen, die der Legatar an einen Dritten hat. Der Onerirte ist dann Solidarschuldner neben dem Hauptschuldner.

B. Akrescenz und Substitution bei Vermächtnissen.

§ 113. Das Anwachsungsrecht bei Vermächtnissen.[1]

Es kommt nicht selten vor, daß der Erblasser ein Objekt derart mehreren vermacht, daß sie sich in dasselbe zu theilen haben. Wenn es sich dabei um eine Summe handelt, so entstehen Theilsummen, wenn um eine Species, ideelle Theile.

Erwirbt einer der Legatare nicht, so entsteht die Frage, ob sein Theil bei dem *Belasteten verbleibt*, oder dem mit ernannten *Legatar zukommt*. Es muß sich dies danach richten, ob der Erblasser jedem *definitiv* nur einen *Theil* vermachen, oder ob er ihm *eventuell* das *Ganze* zuwenden wollte. Soweit dies nicht aus

20) l. 1 § 5 D. de dote praelegata 33, 4.

21) § 14 J. de leg. 2, 20, l. 13, l. 14 D. de lib. leg. 34, 3. Peremptorische Exceptionen gelten als remittirt, l. 13 D. eod.

22) l. 75 § 1 D. de leg. I, l. 88 § 10 D. de leg. II.

23) l. 28 § 14 D. de liber. leg. 34, 3.

1) Schneider, das altcivile und justinianische Anwachsungsrecht bei Legaten 1837, Arndts bei Glück Bd. 48 S. 1 ff., Samter im Archiv für civ. Praxis Bd. 60 n. 2. Dort S. 77 die Litteratur.

dem Zusammenhange der Verfügung und ihren Zwecken erhellt, worauf man in erster Linie zu sehen hat, ist die Interpretation maßgebend, welche das Gesetz für bestimmte Redewendungen trifft.[2]

1. Der Erblasser hat in demselben Satz — conjunctim — dasselbe Objekt mehreren vermacht, ohne ihnen Theile zuzuweisen, z. B. dem A. und B. vermache ich mein Haus.

Das galt im alten Rechte beim Vindikationslegate als re et verbis conjunctio, mit anderen Worten als eventuelle Berufung der in einem Satze verbundenen auf das Ganze so, daß Anwachsungsrecht eintrat. War freilich die Form des Damnationslegates gewählt, so entstanden in diesem Falle schlechthin Theilobligationen gemäß allgemeiner Regel des römischen Obligationenrechtes.[3]

Justinian legte dem unificirten Vermächtnißrechte seiner Zeit die Regel des Vindikationslegates zu Grunde.

Es tritt also Anwachsungsrecht ein. Etwaige Lasten der ausfallenden Portion hat der Kollegatar zu tragen, er hat dagegen aber auch die freie Wahl, ob er die Anwachsung will.[4]

---

2) § 8 J. de legatis 2, 20. Si eadem res duobus legata sit sive conjunctim sive disjunctim, si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum: si alter deficiat, quia aut spreverit legatum aut vivo testatore decesserit aut alio quolibet modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet. conjunctim autem legatur, veluti si quis dicat „Titio et Sejo hominem Stichum do lego", disjunctim ita: „Titio hominem Stichum do lego, Sejo Stichum do lego." sed et si expresserit „eundem hominem Stichum" aeque disjunctim legatum intellegitur.

3) Siehe das nähere bei Gajus Inst. II §§ 199, 205, 223. Ulpian. fragm. XXIV §§ 12, 13. Der Rechtszustand wurde noch weiter verwickelt durch die lex Papia Poppaea. Diese schloß die Akrescenz bei Legaten in der Regel aus, die erledigte Portion wurde caducum. Ulpian. fragm. Tit. XVII §§ 1 und 2, tit. XXIV §§ 12 und 13, Gajus Inst. II §§ 206–208. Dies caducum fiel zuvörderst an den collegatarius conjunctus, si liberos habet. Hierbei sah man, da es sich um eine willkürliche Zutheilung handelte, nur auf Verbindung in demselben Satze — conjunctio verbis —, ohne sich darum zu kümmern, ob der Erblasser die Zusammengerufenen auch wirklich auf die ganze Sache wenigstens eventuell gerufen hatte. Ueber die caducarischen Bestimmungen vgl. van Wetter, droit d'accroissement entre collegataires Bruxelles, 1866 p. 155. Justinian hat auch dies Kaducitätsrecht durch die l. un. C. de caducis tollendis 6, 51 beseitigt.

4) l. un. § 11 C. de caducis tollendis 6, 51. Ubi autem legatarii vel fideicommissarii duo forte vel plures sunt, quibus aliquid relictum sit, si quidem conjunctim hoc relinquatur et omnes veniant ad legatum, pro sua portione quisque hoc habeat. Sin vero pars quaedam ex his deficiat, eam omnibus, si habere maluerint, pro virili portione cum omni suo onere adcrescere vel, si omnes noluerint, tunc apud eos remanere, a quibus derelictum est: cum vero quidam voluerint, quidam noluerint, volentibus solummodo id totum accedere. Sin autem disjunctim fuerit relictum, si quidem omnes hoc accipere et potuerint et maluerint, suam quisque partem pro virili portione accipiat.. Sin vero non omnes legatarii, quibus separatim res relicta sit, in ejus acquisitionem concurrant . . apud ipsum qui habet solida res maneat nullius concursu deminuta... Sin autem ad deficientis personam onus fuerit collatum. hoc non sentiat is, qui non alienum sed suum legatum imminutum habet. Et

2. Die größte Streitfrage besteht darüber, ob das gleiche Anwachsungsrecht auch einzutreten hat, falls der Erblasser, welcher mehreren dieselbe Sache vermacht, ausdrücklich Theile zufügt, z. B. A. und B. sollen mein Rittergut je zur Hälfte haben.

Man formulirt dies häufig so: Haben „verbis tantum conjuncti" ein Anwachsungsrecht? [5]

Aber wenn sie bloß sprachlich und nicht auch sachlich verbunden sind, können sie kein Anwachsungsrecht haben, weil sich die Anwachsung nur darauf gründen kann, daß ihnen der Erblasser eventuell die ganze Sache zudachte.

Das richtige ist, zu antworten daß an sich, wer bloß zum Theile ernannt ist, damit nicht ohne weiteres eventuell zum Ganzen berufen sein sollte, daß aber aus den Umständen des Falles allerdings erhellen kann, daß solche Legatare eventuell das Ganze haben sollten. Dann sind aber die scheinbar bloß „verbis conjuncti" in der That auch „re conjuncti".

3. In Rom war gewöhnlich, daß man die mehreren Legatarien „disjunctim", d. h. in verschiedenen Sätzen auf dieselbe Sache berief, z. B. dem A. vermache ich den Stichus, dem B. vermache ich den Stichus auch.

Dies galt beim Vindikationslegat als „re tantum conjunctio", gab also Akkrescenzrecht; ganz anders freilich beim Damnationslegat.

Justinian adoptirte auch hier die Regel des Vindikationslegates. Er verordnete auch, daß der Kollegatar in diesem Falle die dem ausfallenden Kollegatar aufgelegten Lasten nicht tragen soll, dagegen aber auch die Anwachsung nicht zurückweisen kann, wenn er seinen Theil erwirbt.

---

varietatis non in occulto sit ratio, cum ideo videtur testator disjunctim hoc reliquisse ut, unusquisque suum onus, non alienum agnoscat. nam si contrarium volebat, nulla erat difficultas conjunctim ea disponere.

5) Die Frage so stellen, heißt sie verneinen. Denn wenn der Erblasser die Legatare nicht zugleich auf die ganze Sache wenigstens eventuell berufen wollte, wie kann ihnen die ganze Sache zukommen? Derartiges war möglich bei der Zutheilung der caduca, welche nicht nach dem Willen des Erblassers geschah, sondern eine gesetzliche Belohnung für die Produktion von Kindern bildete. Auf diese caducorum vindicatio bezieht sich die famose l. 89 de leg. III schon nach ihrer Inskription „ad legem Juliam et Papiam Poppaeam". Bezüglich der Akkrescenz entscheidet der Wille des Erblassers, unter Umständen freilich nur der vermuthete. Von dieser Basis geht offenbar Justinian in der Reform des Akkrescenzrechtes mittels der l. un. § 11 C. cit. aus. Die Frage kann daher nur sein, ob in einer Verfügung, welche die l. 89 cit. eine verbis tantum conjunctio nennt „Titio et Sejo fundum aequis partibus do lego" nicht unter Umständen eine sachliche Verbindung gefunden werden muß. Es ist dies Sache der Interpretation des konkreten Falles, was freilich Burchardi in Bekkers Jahrbuch Bd. 5 n. 1 in Abrede stellt, aber ohne zureichende Gründe. Vgl. Arndts Bd. 48 S. 30.

Eine solche Formulirung wird übrigens heutzutage sehr selten vorkommen.[6]

Der Grundsatz portio portioni accrescit gilt auch für Legate. Der Legatar muß daher die Anwachsung nicht erleben.[7]

§ 114. Die Substitutionen bei Vermächtnissen.

Es sind Substitutionen bei Vermächtnissen möglich, nämlich:

1. direkte Substitutionen entsprechend der Vulgarsubstitution bei Erbeseinsetzungen auf den Fall, daß der zunächst Honorirte das Vermächtniß nicht erwirbt.

Diese Substitution ist in der Regel als erledigt anzusehen, so wie dem zunächst Honorirten das Vermächtniß cedirt, auch wenn er den Erbschaftsantritt nicht erlebt.[1]

Im Falle der Repudiation durch den zuerst Honorirten rückt aber der Substitut ein, da sie so wirkt, als hätte der Repudiirende nicht erworben.[2]

2. Durch fideikommissarische Substitutionen werden successive Vermächtnisse begründet, bei welchen die vermachte Sache zuerst dem einen, und dann, sei es nach Zeit oder unter Bedingungen oder auch sofort, dem anderen zugedacht ist.

Erwirbt der Vorvermächtnißnehmer nicht, so gilt der Erbe mit dem Nachvermächtnisse belastet.

Eine besondere Art des successiven Vermächtnisses ist das römische Familienfideikommiß.

Dasselbe weicht weit ab von dem deutschrechtlichen Familienfideikommisse, mit dem es nicht viel mehr als den Namen gemeinsam hat.

Allerdings war auch das römische Familienfideikommiß ursprünglich den Agnaten bestimmt.[3] Aber nach der Entwickelung der späteren Zeit gilt es für alle, auch kognatischer Familiengenossen und in deren Ermangelung selbst für deren Ehegatten.[4]

---

6) Niemand wird leugnen, daß der Grund, welchen Justinian am Schlusse der l. un. § 11 C. de cad. toll. — oben Anm. 4 — für die besondere Behandlung der „disjunctim“ gerufenen Kollegatare anführt, heutzutage nicht mehr besteht, da die Denk- und Sprechweise unserer Testatoren eine von der römischen ganz verschiedene ist.

7) Vgl. oben Bd. 3 § 91.

1) l. 50 pr., l. 77 § 13 D. de leg. II, l. 3 § 1 D. de adimendis leg. 34, 4. Zimmern im Archiv für civ. Praxis Bd. 9 n. 18.

2) l. 6 C. de legatis 6, 37.

3) l. 32 § 6 D. de leg. II beschränkt es auf Personen „ex nomine defuncti“, die l. 69 § 4 D. eod. läßt auch die „emancipati“ zu.

4) l. 5 C. de V. S. 6, 38.

Eine bestimmte Erbfolgeordnung bildete sich beim römischen Familienfideikommisse nicht. Der jeweilige Inhaber kann dessen Objekt beliebig einem Familiengenossen zuwenden.[5] Dasselbe kann auch im Miteigenthume mehrerer Familienglieder stehen.

Dagegen darf das Objekt des Fideikommisses nicht aus der Familie, sei es durch Verfügung unter Lebenden oder von Todeswegen herausgebracht werden. Wird dem zuwidergehandelt, so können es die Familienglieder in Anspruch nehmen.[6] Die des nächsten Grades haben zunächst das Recht auf dasselbe.[7]

Das römische Familienfideikommiß dauert nicht für immer. Vielmehr wird sein Objekt in der 4. Hand freies Gut.[8]

C. Das Prälegat.[1]

§ 115. Begriff und Wirkungen des Prälegates.

Auch ein Erbe kann mit Vermächtnissen honorirt werden.

Die neueren unterscheiden Prälegate im weiteren und im engeren Sinne.

Prälegate im weiteren Sinne bilden Vermächtnisse zu Gunsten eines Erben, deren Entrichtung seinen Miterben persönlich oder Dritten aufgelegt ist. Dieselben haben nichts eigenthümliches. Besondere Rechtssätze gelten nur für Prälegate im engeren Sinne, d. h. Vermächtnisse zu Gunsten eines Miterben, welche den Erben als solchen obliegen. Dahin gehören selbstverständlich alle Prälegate, welche den Onerirten überhaupt nicht bezeichnen.[2]

---

5) l. 67 pr. § 2 D. de leg. II., l. 114 § 17 D. de leg. I.

6) Wer zur Veräußerung an Fremde seine Zustimmung giebt, verliert sein Recht, l. 11 C. de fideicommissis 6, 42.

7) l. 69 § 3 D. de leg. II. Die Quellen sprechen sich nicht darüber aus, ob die Gradesnähe mit dem Stifter oder die mit dem letzten Inhaber maßgebend ist. Mit Recht nimmt Windscheid Bd. 3 § 637 Anm. 5 als dem Willen des Stifters entsprechend an, daß sich die Gradesnähe „was die zur Zeit des Todes des Erblassers Lebenden angeht, nach dem Erblasser, in Betreff der später Geborenen nach dem letzten Inhaber" bestimme.

8) Die Novelle 159 bestimmt dies nur für einen Fall, in welchem ein Vorgänger in der Unmündigkeit verstarb. Doch auf dieses besondere und wohl zufällige Moment legt die gemeine Meinung kein Gewicht; vgl. Pfeiffer, praktische Ausführungen Bd. 3 S. 54. Anders Windscheid Bd. 3 § 637 Anm. 7. Ueberhaupt ist zu vergleichen Stölzel über fideik. Subst. bei Gruchot Bd. 19 S. 641.

1) Die Monographien über Prälegate stellt Arndts bei Glück Bd. 47 S. 22 und 23 zusammen. Es gehört dahin namentlich das weitschichtige Werk von Buchholtz 1850. Dazu kam Kretschmar, die Natur des Prälegats 1884.

2) Der Ausdruck „praelegare" wird in den Quellen für das, was die neueren „Prälegat" nennen, häufig gebraucht. Doch ist derselbe keineswegs streng technisch

1. Da der Honorirte zu den ernannten Erben gehört, so ist das Prälegat auf Höhe seines Erbtheiles ungültig hinterlassen.[3] Denn niemand kann bezüglich desselben zugleich honorirt und onerirt, Berechtigter und Verpflichteter sein. Man streitet darüber, ob das Prälegat insoweit von vornherein ungültig ist, oder ob es nur ungültig wird, wenn der Prälegatar später wirklich Erbe wird — s. g. Erfolgstheorie[4] —. Das erstere scheint das konsequente, für das letztere scheint zu sprechen, daß das Prälegat Geltung hat, wenn der Prälegatar die Erbschaft nicht antritt.

Es ist aber die Frage nicht richtig gestellt.

Das Prälegat ist, soweit es den Prälegatar onerirt, von Anfang an ungültig. Dasselbe belastet aber zugleich eventuell jeden, wer immer sonst Erbe wird. Und diese eventuellen Erben sind für den Fall ihres Eintrittes offenbar von vornherein gültig belastet.

Wird also der Prälegatar nicht Erbe, so ist der Akkrescenzerbe zur Entrichtung des Legates nach Höhe der Erbportion, die er schließlich erhält, verbunden. Das Gleiche kann auch der Fall sein, wenn ein Vulgarsubstitut an Stelle des Prälegatars der Erbe wird.[5]

---

und hat oft ganz andere Bedeutungen, vgl. Arndts a. a. O. S. 22. Für die Anordnung eines Prälegates bot sich in klassischer Zeit die Form des legatum per praeceptionem zunächst, vgl. oben Bd. 3 § 64, siehe über dasselbe vorzugsweise Degenkolb, de legato quod fiebat per praeceptionem Berol. 1855. Es konnten aber Vorvermächtnisse auch in anderen Legatsformen angeordnet werden, insbesondere durch Vindikations- und Damnationslegate sowie Fideikommisse.

3) Ulp. fragmenta XXIV § 22. Heredi a semet ipso legari non potest. Die Formulirungen der Pandektenjuristen siehe bei Kretschmar a. a. O. S. 17.

4) Siehe Kretschmar a. a. O. S. 26.

5) Mehrfach wird ausdrücklich für den Fall der Ausschlagung der Erbschaft durch den Prälegatar ausgesprochen, daß er sodann das ganze Legat fordern könne, l. 17 § 2, l. 18 D. de leg. I., l. 87 D. eod., l. 12 C. de legatis 6, 37, und ganz allgemein spricht dies für den Fall, daß der Prälegatar „hereditatem non adisset", die l. 91 § 2 D. de leg I. aus. Dennoch scheint für den Fall des Versterbens des Prälegatars vor dem Erwerb der Erbschaft das Gegentheil festzustellen. l. 75 § 1 D. de legatis II. von Papinianus libro 6 responsorum: Pro parte heres institutus, cui praeceptiones erant relictae, post diem legatorum cedentem ante aditam hereditatem vita decessit. partem hereditatis ad coheredes substitutos pertinere placuit, praeceptionum autem portiones, quae pro parte coheredum constiterunt, ad heredes ejus transmitti. Ueber die verschiedenen Ansichten vgl. Arndts a. a. O. S. 90 ff., Kretschmar a. a. O. S. 78 ff. Die herrschende Lehre geht dahin, daß das Prälegat im Falle der „Abstinenz", also wenn der Prälegatar der Erbschaft entsage, ganz geschuldet werde, wenn er aber vor der Erklärung sterbe, dann bleibe der auf ihn entfallende Theil des Prälegates nichtig. Eine innere Berechtigung hat diese Distinktion keinenfalls. Es entspricht dem vermuthlichen Willen des Erblassers gewiß eher, daß das Prälegat ganz geschuldet wird, wenn der Prälegatar vor der Erklärung über den Erbschaftsantritt stirbt, also durch Zufall an dem Erbschaftsantritt verhindert wird, als wenn er willkürlich die Erbschaft ausgeschlagen hat. Die künstlichen Deduktionen Bangerows

2. Der Prälegatar, welcher seinen Erbtheil erwirbt, behält in der Regel den von ihm ungültig vermachten Theil seines Prälegates als Erbe, während er die anderen Theile als Legatar erhält. Er hat daher doch das ganze der vermachten Sache, und es könnte gleichgültig erscheinen, daß er es nur zum Theil als Vermächtniß, zum Theil aber als Erbe erhielt.

Indessen kann jene Unterscheidung erhebliche Folgen haben.

Denn vor allem wird ihm der Theil des Prälegates, der ungültig vermacht ist und den er als Erbe besitzt, in die Falcidische Quart eingerechnet, was bei ihm zugewendeten Vermächtnissen nicht der Fall ist.[6] Ferner muß er dann, wenn ihm die Herausgabe seines Erbtheiles an einen Universalfideikommissar aufgelegt ist, als einen Bestandtheil desselben in der Regel den Theil des Prälegates mit erstatten, welcher ungültig vermacht ist.[7]

§ 116. Die Akkrescenz beim Prälegat.

In virtuoser Weise behandelten die römischen Juristen die Akkrescenz beim Prälegat.

Sie gingen hierbei von zwei Sätzen aus, die an sich wohl begründet scheinen.

Einmal: das, was dem Prälegatar von sich selbst hinterlassen ist, ist ungültig vermacht.

Dann: der Kollegatar erwirbt das ganze Vermächtniß, soweit es der mit ihm verbundene nicht erwirbt und insbesondere nicht erwerben kann.

Gab man das einmal zu, so schienen auch die Konsequenzen unausweichlich:

a) Einem der Miterben ist zusammen mit einem Kollegatar eine

Bd. 2 § 523 S. 431, welche die Unterscheidung aus formalen Gründen rechtfertigen sollen, sind mißlungen, vgl. Arndts a. a. O. S. 94. Unseres Erachtens liegt das Schwergewicht der Entscheidung Papinians darauf, daß an Stelle des Prälegatars ein Substitut einrückte. Papinian nimmt eben an, daß der Erblasser im Zweifel dem Substituten alles zuwenden will, was der Institut als Erbtheil erhalten hätte. Er sieht ihn also im Sinne des Erblassers als auf den Theil des Prälegates nicht als onerirt an, welcher beim Institut Erbtheil gewesen wäre. Diese Erklärung wird dadurch sehr unterstützt, daß bei der fideikommissarischen Substitution der Fiduciar in der Regel den auf ihn selbst entfallenden Theil des Prälegates an den Universalfideikommissar zu erstatten hat, siehe unten Anm. 7.

6) l. 74 D. ad legem Falcidiam 35, 2. l. 86, l. 91 D. eod.

7) l. 19 § 3 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1. Ueber die hiermit scheinbar im Widerspruch stehende l. 86 D. ad legem Falcidiam ist zu vergleichen Bangerow Bd. 2 § 523 S. 419.

Sache vermacht. Dem Kollegatar fällt dann zu, was dem Prälegatar von sich selbst ungültig vermacht ist. Ist also A. und B. jeder zur Hälfte Erbe, und ist außerdem dem A. zusammen mit den Kollegataren C. und D. ein Grundstück vermacht, so erhält A. nur $^1/_6$ des Grundstückes, nämlich das Drittel der Hälfte des Grundstückes, welche sein Miterbe B. zu entrichten hat, alles andere aber fällt an die Kollegatare C. und D.[1]

b) Noch auffallender steht es, wenn Miterben zu ungleichen Erbtheilen eingesetzt und zudem als Kollegatare mit einem Prälegat honorirt sind. Je größer dann die Erbportion eines jeden ist, desto kleiner wird sein Antheil an der prälegirten Sache, je kleiner seine Erbportion ist, desto größer sein Antheil an dem Prälegate! Es ist z. B. A. zu $^1/_{12}$ und B. zu $^{11}/_{12}$ zu Erben eingesetzt und beiden ein Grundstück vermacht. Dann erhält A. die $^{11}/_{12}$, welche der B. zu prästiren hat und an welchen dieser keinen Vermächtnißanspruch hat, und B. erhält das $^1/_{12}$, welches der A. zu prästiren hat.[2]

Diese Sätze müssen sich in altrömischer Zeit gebildet haben, in welcher man die Rechtsregeln mehr mechanisch anwendete, und die Folgen wie ein Fatum trug. Da sie einmal galten, accommodirte sich ihnen auch der Wille der römischen Erblasser, und es mag solche gegeben haben, die ihre Freude an dem neckischen Spiele dieser Verfügung hatten.[3]

Dem Willen deutscher Erblasser würden die dargestellten Sätze aber total widersprechen. Derselbe geht offenbar dahin, daß dem Erben

---

1) l. 34 § 11 D. de leg. I. Ulpianus libro 21 ad Sabinum: Si duobus sit legata, quorum alter heres institutus sit, a semet ipso ei legatum inutiliter videtur ideoque quod ei a se legatum est ad collegatarium pertinebit, l. 116 § 1 D. eod. Florentinus libro 11 Institutionum. Heredi a semet ipso legatum dari non potest, a coherede potest. itaque si fundus legatus sit ei, qui ex parte dimidia heres institutus est et duobus extraneis, ad heredem cui legatus est sexta pars fundi pertinet, quia a se vindicare non potest, a coherede vero semissario duobus extraneis concurrentibus non amplius tertia parte: extranei autem et ab ipso herede cui legatum est semissem et ab alio herede trientem vindicabunt.

2) l. 34 § 12 D. cit. — oben Anm. 1 — Inde dicitur, si duo sint heredes. unus ex uncia, alter ex undecim unciis, et eis fundus legatus sit, unciarium heredem undecim partes in fundo habiturum, coheredem unciam.

3) Die in Anm. 1 und 2 wiedergegebenen Stellen rechtfertigen die im Texte ausgeführten Sätze. Dieselben sind insbesondere von Vangerow im Archiv für civ. Praxis Bd. 35 n. 8 und Pandekten Bd. 2 § 523 S. 421 überzeugend als die römischen vertheidigt worden. Unter den von den Gegnern angeführten Stellen ist allein bedenklich l. 67 § 1 D. de legat. I. von Gajus. Sollte Gajus aber auch eine Sondermeinung gehabt haben, so wäre sie nicht im römischen Rechte durchgedrungen. Immerhin sind die Meinungen getheilt, vgl. Kretschmar a. a. O. S. 165.

der Theil der Sache, welcher ihm von sich selbst ungültig vermacht ist, in seiner Eigenschaft als Erbe verbleibt, daß also das Anwachsungsrecht seiner Kollegatare, bezüglich dieses Sachtheiles, insoweit nicht eintritt. Und dies muß maßgebend sein.[4]

III. Schenkungen auf den Todesfall.

§ 117. Begriff und Arten der Schenkungen auf den Todesfall.[1]

Schenkungen auf den Todesfall oder von Todeswegen[2] — mortis causa — sind für den Fall gemacht, daß der Schenker vor dem Beschenkten stirbt.[3]

Sie werden also erst perfekt mit dem Versterben des Schenkers vor dem Beschenkten und sind ohne Kraft, wenn dies nicht geschieht.[4] Auch kann sie der Schenker in der Regel willkürlich widerrufen,[5] doch ist Verzicht auf dieses Widerrufsrecht zulässig.[6]

Nicht jede Schenkung, die der Schenker in Erwartung und unter dem Gedanken seines Todes vornimmt, ist Schenkung auf den Todesfall. Oft handelt es sich hierbei vielmehr nur um eine gewöhnliche Schenkung, unter Hervorhebung ihrer Veranlassung.[7] Ob Schenkung auf den

4) Vgl. Windscheid Bd. 3 § 6.7.

1) Tit. Dig. de mortis causa donationibus 39, 6, Cod. eod. 8, 56. W. Müller, Natur der Schenkung auf Todesfall 1827; Savigny, System Bd. 4 S. 239; Vangerow Bd. 2 §§ 561 ff.; Keller, Institutionen S. 343; Alfred Cohen, Schenkung von Todeswegen 1878, ausführliche Münchener Inauguraldissertation.

2) Die ältere deutsche Bezeichnung ist Schenkung auf den Todesfall. Sie ist wohl die charakteristischste. Seit Hasse, rhein. Museum Bd. 2 S. 300 spricht man meist von „Schenkungen Todes halber" oder in noch engerem Anschluß an die römische Bezeichnung „von Todeswegen".

3) § 1 J. de donationibus 2, 7: Mortis causa donatio est, cum magis se quis velit habere quam eum cui donatur, magisque eum, cui donat quam, heredem suum. Vgl. l. 1 pr., l. 35 § 2 D. h. t. 39, 6.

4) l. 32 D. h. t. 39, 6. Es ist scharf zu unterscheiden die Schenkung, welche erst mit dem Tode des Schenkers perfekt wird, und das Mittel, durch welches sie sich verwirklicht, die Uebereignung des Schenkungsobjekts, welche sehr häufig unmittelbar mit der Vollziehung des Schenkungsaktes perficirt wird. Das Verhältniß ist kein anderes, wie bei der Uebereignung von Objekten zur Dos vor dem Abschlusse der Ehe. Eigenthum geht auch dabei sofort über, die Dos perficirt sich erst mit dem Eheschlusse. Dies hat namentlich Brinz 1. Aufl. Bd. 2 S. 1461 ausgeführt. Vgl. ferner Cohen a. a. O. S. 45.

5) l. 16, l. 30 D. h. t. 39, 6.

6) l. 13 § 1, l. 35 § 4 D. h. t. Nov. 87 pr. c. 1.

7) l. 27 D. h. t. 39, 6. Marcianus libro 5 regularum: Ubi ita donatur mortis causa, ut nullo casu revocetur, causa donandi magis est quam mortis causa donatio: et ideo perinde haberi debet atque alia quaevis inter vivos donatio. ideoque inter viros et uxores non valet et ideo nec Falcidia locum habet quasi in mortis causa donatione.

Todesfall vorliegt, ist Frage der Interpretation. Die Praxis nimmt eine solche namentlich dann an, wenn sich der Schenker das freie Widerrufsrecht vorbehalten hat.[8]

1. Wie Schenkungen anderer Art werden auch die auf den Todesfall durch Verträge unter Lebenden errichtet.

Der Abschluß ist in der gewöhnlichen Weise möglich, also bis zu 500 solidi formlos und darüber hinaus durch gerichtliche Insinuation.

Letztere kann aber durch Erklärung des Schenkers vor 5 Zeugen ersetzt werden.[9] Die Acceptation des Beschenkten ist auch hierbei wie im Falle der Insinuation nothwendig, kann aber, wie bei dieser, formlos und unter Abwesenden geschehen.

2. Zu unterscheiden sind zwei Arten von Schenkungen auf den Todesfall:[10]

a) die eine ist für den Fall des Schenkers in einer gegenwärtigen Gefahr gemacht. Sie wird kraftlos im Falle des Ueberstehens dieser Gefahr;

b) die andere knüpft sich allgemein an das Frühersterben des Schenkers, ohne an eine bestimmte Todesgefahr gebunden zu sein.

Geben, Versprechen, wie auch Verzicht können Schenkungen auf den Todesfall bewirken.

Die Hingabe des Schenkungsobjektes kann so geschehen, daß der Beschenkte zunächst nur Detention und erst mit dem Tode des Schenkers juristischen Besitz und Eigenthum erhalten soll, so daß beides also suspensiv bedingt ist. Dergleichen kommt nicht leicht anders als bei

---

8) Seuffert, Archiv Bd. 30 n. 46 und dort citirte, Cohen a. a. O. S. 11.

9) l. 4 C. h. t. 8, 56. Justinianus a. 530. Es bestehen tief eingreifende Streitfragen: a) Ist die Kodicillarform erfordert beziehungsweise genügend, oder sind nur 5 Zeugen erfordert, aber auch immer nothwendig. Die Verfügung Justinians geht dahin „ita res procedat, ut si quinque testibus praesentibus aliquis voluerit mortis causa donationem facere et sine monumentorum accessione res gesta maneat firmitate vallata". Hieran ist festzuhalten. Allerdings war sein Motiv, daß die Schenkungen von Todeswegen den Legaten verwandt seien, und offenbar schwebte ihm die Kodicillarform als Muster vor. Das beweist aber nicht, daß er sie schlechthin übertragen wollte. Er bestimmte die Errichtungsform eben nur analog. Aehnlich Bangerow Bd. 2 § 563 S. 569, welcher jedoch inkonsequenter Weise von den Zeugen die Eigenschaft „der Kodicillarzeugen", also nach seiner Ansicht von Testamentszeugen fordert. b) Es ist ferner sehr bestritten, ob die l. 4 C. h. t. 8, 56 eine ausschließliche Form für die Schenkungen von Todeswegen einführte oder ob auch die alten Formen, insbesondere die gerichtliche Insinuation ausreichen. Das letztere ist das richtige, denn Justinian hebt die älteren Formen nicht auf. Die Litteratur über diese Streitfrage siehe bei Schröter in Lindes Zeitschrift Bd. 2 S. 148 und Cohen S. 19.

10) l. 2—6, l. 8 § 1, l. 31 § 2 in fine D. h. t. 39, 6.

Schenkungen vor, die an eine unmittelbare Todesgefahr geknüpft sind, bei denen baldige Entscheidung zu erwarten steht.[11]

In der Regel dagegen erhält der auf den Todesfall Beschenkte unmittelbar Besitz und Eigenthum mit der Hingabe. Perficirt sich hinterher die Schenkung nicht, insbesondere weil der Beschenkte vor dem Schenker stirbt, so hat der letztere eine condictio, weil der Zweck der Hingabe vereitelt ist.[12] Manche römische Juristen betrachteten aber die Uebereignung geradezu als resolutiv bedingt, so daß sie der Schenker auflösen konnte, wenn der Beschenkte vor ihm starb.[13] Dies wurde justinianisches Recht. Der Schenker hat hiernach die Wahl zwischen der condictio, mit welcher er die Bereicherung des Beklagten aus der Schenkung herausfordert,[14] und der Vindikation des weggegebenen.

§ 118. Unterordnung der Schenkungen auf den Todesfall unter die Theorie der Vermächtnisse.

Die Schenkungen auf den Todesfall verfolgen ähnliche Zwecke wie die Vermächtnisse. Wie diese entziehen sie dem Verfügenden noch

11) Vgl. l. 2 D. h. t. 39, 6. Ulpianus libro 32 ad Sabinum: Julianus libro septimo decimo digestorum tres esse species mortis causa donationum ait, unam cum quis nullo praesentis periculi metu conterritus, sed sola cogitatione mortalitatis donat. aliam esse speciem mortis causa donationum ait, cum quis imminente periculo commotus ita donat, ut statim fiat accipientis. tertium genus donationis ait, si quis periculo motus non sic det ut statim faciat accipientis, sed tunc demum, cum mors fuerit insecuta. Es ist dies keine Eintheilung, die auf einem einheitlichen Eintheilungsprincipe beruht, und logisch und abstrakt erscheint sie unhaltbar. Julian wollte nur die drei Haupterscheinungen darstellen, in denen die mortis causa im Leben vorkam. Offenbar fand er eine suspensiv bedingte Hingabe nur bei Schenkungen in unmittelbarer Todesgefahr.

12) l. 35 § 3 D. h. t. Paulus libro 6 ad legem Juliam et Papiam . . . nec dubitaverunt Cassiani, quin condictione repeti possit quasi re non secuta. Dies wird wohl um deswillen hervorgehoben, weil die Sabinianer sich der Anwendung einer actio praescriptis verbis widersetzten, welche die Prokulianer befürworteten und die gleichfalls in späterer Zeit allgemeine Anerkennung fand.

13) l. 29 D. h. t. 39, 6. Ulpianus libro 17 ad edictum: Si mortis causa res donata est et convaluit qui donavit, videndum an habeat in rem actionem, et si quidem quis sic donavit, ut, si mors contigisset, tunc haberet, cui donatum est — also suspensiv bedingt — sine dubio donator poterit rem vindicare: mortuo eo tunc is cui donatum est. si vero sic ut jam nunc haberet, redderet, si convaluisset vel de proelio vel peregre redisset, potest defendi in rem competere donatori si quid horum contigisset interim ei cui donatum est. Eine derartige Resolutivbedingung hat wohl schon Julian unter gewissen Voraussetzungen angenommen l. 14 D. h. t. 39, 6; vgl. jedoch auch l. 19, l. 37 § 1 D. eod.

14) Die Kondiktion geht auch auf den vom Beschenkten für die geschenkte Sache erworbenen Kaufpreis, l. 37 § 1 D. h. t., sowie auf die vom Beschenkten gezogenen Früchte, l. 38 § 3 D. de usuris 22, 1. Daß sie nicht über den Betrag der Bereicherung des Beschenkten geht, folgt aus der Natur der Sache.

nichts endgültig, mindern aber seinen Nachlaß. In Folge dessen war man veranlaßt, auf sie zahlreiche Sätze der Theorie der Legate zu übertragen.

Dies gilt vor allem von Beschränkungen der Legate, namentlich zu Gunsten der Erbschaftsgläubiger,[1] der Erben[2] und pflichttheilsberechtigter Personen.[3 4]

Auch gewisse Begünstigungen der Vermächtnisse übertrug man auf Schenkungen von Todeswegen. Doch geschah dies später, weniger allgemein, mit gerechtfertigtem Zögern.[5] Justinian ging jedoch auch hierin ziemlich weit. Er bestimmte unter anderem, daß das Akkrescenzrecht[6] der Legatare und die cautio Muciana den auf den Todesfall Beschenkten zu gute kommen solle.[7]

Er eignet sich sogar den generellen Satz an, daß das Recht der Legate schlechthin auch für Schenkungen auf den Todesfall gelte.[8]

Das ist aber cum grano salis aufzufassen.

Denn es bleiben wesentliche Verschiedenheiten, welche die Anwendung zahlreicher Sätze des Legatenrechtes ausschließen. Einmal sind die Schenkungen auf den Todesfall unter Lebenden geschlossen. Die für Geschäfte unter Lebenden nothwendige Handlungsfähigkeit, nicht testamenti factio muß daher der Schenker haben.[9] Auch ist die favorable Behandlung der Bedingungen letztwilliger Verfügungen

1) Schenkungen auf den Todesfall werden wie Legate ungültig, wenn der Nachlaß insolvent ist, l. 17 D. h. t. 39, 6.

2) Die lex Furia und Voconia hatten die mortis causa capiones jeder Art wie Legate behandelt. Gajus Inst. II. §§ 225 und 226. Die lex Falcidia hatte gleiches nicht bestimmt, weil dies in ihr System nicht zu passen schien, wonach dem Erben der vierte Theil der „hereditas“ verbleiben sollte, zu denen die mortis causa donationes nicht gehörten, aber Sever stellte auch sie bezüglich der Falcidia den Legaten gleich, l. 2 § 2 C. h. t. 8, 56, oben Bd. 3 § 101 Anm. 12.

3) Vgl. Fitting, über pflichttheilswidrige Schenkungen im Archiv für civ. Praxis Bd. 50 S. 62.

4) Ferner gehören hierher Beschränkungen der Kapacität, l. 9, l. 22, l. 35 pr. D. h. t. 39, 6.

5) Nur die remissio der condicio juriejurandi — oben Bd. 3 § 83 Anm. 2 — wird in klassischer Zeit nach l. 8 § 3 D. de cond. inst. 28, 7 auf mortis causa donationes ausgedehnt.

6) l. un. § 14 C. de caducis toll. 6, 51.

7) nov. 22 cap. 44 § 9.

8) l. 37 pr. D. h. t. 39, 6. Ulpianus libro 15 ad legem Juliam et Papiam: Illud generaliter meminisse oportebit, donationes mortis causa factas legatis comparatas: quodcunque igitur in legatis juris est id in mortis causa donationibus erit accipiendum. Im Sinne Ulpians bezog sich dies wohl nur auf die lex Julia et Papia.

9) Es können also namentlich Hauskinder von Todeswegen schenken, bezüglich ihres freien Vermögens sogar ohne Zustimmung des Vaters, l. 25 § 1 D. h. t. 39, 6, vgl. freilich Vangerow Bd. 2 § 428 S. 73, aber auch § 562 S. 566.

keineswegs ohne weiteres zu übertragen.[10] Ferner giebt der Erblasser die Sache unmittelbar weg. Der Erbe hat daher gegen den auf den Todesfall beschenkten das interdictum quod legatorum nicht.[11] Endlich ist es von Wichtigkeit, daß die Schenkung auf den Todesfall keinen Onerirten kennt. Ihre Kraft ist daher nicht davon abhängig, daß die Erbschaft einen Erben findet.

Siebentes Kapitel.

Das Universalfideikommiß.[1]

§ 119. Die Anordnung des Universalfideikommisses.

Das Universalfideikommiß — fideicommissum hereditatis — d. h. die Auflage, die Erbschaft oder eine Quote derselben herauszugeben, beginnt als Vermächtniß und endet als Beerbung.

Das Recht der Universalfideikommisse unterschied sich noch zu Anfang der Kaiserzeit grundsätzlich nicht von dem der anderen Fideikommisse. Aber entsprechend den Intentionen des Erblassers kam es unter Nero zum S. C. Trebellianum, nach welchem sich die Rechte und Pflichten des Erben mit der Restitution der Erbschaft auf den Universalfideikommissar übertragen.

Nunmehr war das Universalfideikommiß von gewöhnlichen Vermächtnissen wesentlich verschieden, ohne sich doch von dem Vermächtnißrechte völlig loszulösen. Das ergab einen Dualismus, welchen erst die moderne Gesetzgebung abstreifte. Sie nämlich brach völlig mit der Regel „semel heres semper heres“ und machte aus dem römischen Universalfideikommiß die Einsetzung eines Nacherben, welcher dem Vorerben nach einer festgesetzten Zeit oder unter gewissen Bedingungen nachfolgt.[2]

---

10) Das Gegentheil behauptet Windscheid Bd. 3 § 676 Anm. 9, vgl. andererseits Cohen a. a. O. S. 159.

11) l. 1 § 5 D. quod legatorum 43, 3.

1) Tit. Inst. de fideicommissariis hereditatibus 3, 23, Dig. ad S. C. Trebellianum 36, 1, Cod. 6, 49, Gajus Inst. II §§ 252—258. Vgl. oben Bd. 3 § 65.

2) Dieser Gedanke liegt den Bestimmungen des A.L.R. für die preußischen Staaten zu Grunde I, 12 § 532 und §§ 466 ff. und ist bestimmt ausgesprochen im

Zu dieser Rechtsbildung konnte das römische Recht noch nicht gelangen, wenn es nicht seine Grundlagen verleugnen wollte.

1. Da das Universalfideikommiß zunächst ein Vermächtniß bildet, so geschieht seine Anordnung nach Vermächtnißrecht. Sie kann also in Testamenten, Kodicillen und selbst mittels Oralfideikommisses geschehen.[3] [4]

Auch der Widerruf erfolgt nach den Regeln der Vermächtnisse, also formlos.

2. Gegenstand des Universalfideikommisses ist der Nachlaß des Erblassers im Ganzen oder eine Quote seines Nachlasses. Mit Unrecht behaupten manche, daß der Erblasser auch eine von ihm erworbene Erbschaft zum selbständigen Gegenstande eines Universalfideikommisses machen könne. Denn damit würde er diese Erbschaft, welche bereits mit seinem Vermögen vereinigt war, von diesem wieder trennen, und die Gläubiger dieser Erbschaft, statt an seinen Erben, an den Universalfideikommissar verweisen. Es kann aber dem Schuldner nicht freistehen, erworbene Gläubigerrechte durch seine letztwillige Anordnung zu verletzen, indem er die vollzogene, jenen Gläubigern möglicherweise vortheilhafte Konfusion aufhebt.[5]

Nur solche Anordnungen bilden Universalfideikommisse, welche eine mittelbare Universalsuccession bezwecken. Daher ist die bloße Zuwendung des Betrages einer Quote der Erbschaft ein einfaches Vermächtniß.[6] [7]

österreichischen bürgerl. Gesetzbuch § 608. Dem österreichischen Gesetzbuch nähert sich das sächsische Civilgesetzbuch. Es liegt hierin ein erheblicher Fortschritt und eine nützliche Vereinfachung. Aber sie läßt sich nur durch eine radikal die geschichtliche Wurzel abschneidende Gesetzgebung erreichen. In einer Kompilation der römischen Jurisprudenz, wie sie Justinian veranstaltete, war sie nicht thunlich. Eine „Versäumniß Justinians" findet Brinz Bd. 3 S. 437.

3) § 12 I. h. t. 3, 23.

4) Ein wesentlicher Unterschied ist, daß Vermächtnisse ungültig sind, wenn die Erbschaft insolvent ist, das Universalfideikommiß aber nicht. Die Gründe liegen auf der Hand.

5) Nur bei Soldaten verhält es sich in Folge ihres besonderen Privilegs anders. Unzweideutig hebt dies nach Mäcianus hervor Ulpianus libro 4 fideicommissorum l. 17 § 6 D. h. t. 36, 1: „et quamvis placeat, cum quis hereditatem bonaque quae sibi ab aliquo obvenerunt vel quae in aliqua regione habet, restituere rogat, ex Trebelliano non transeant actiones tamen contra responderi in militis testamente ait". Allerdings scheint Ulpian in dem vorhergehenden § 5 gerade das Gegentheil auszusprechen. Allein es liegt hierbei offenbar ein verdorbener Text vor. Will man nicht den weitgehenden Abänderungen, die Mommsen vorschlägt, beitreten, so genügt es im Eingang des § 5 zu lesen statt et si „quis" et si „miles". Hierdurch würde die Erörterung der beiden §§ einen einheitlichen Charakter gewinnen. Vgl. übrigens Vangerow Bd. 2 § 558 Anm. 111 und dort citirte. Das erkennt man allgemein an, daß die Senatuskonsulte Anwendung auf „vom Erben zu erwerbende Erbschaften fremder Erblasser" nicht finden, l. 28 § 9 D. h. t.

6) Das klassische Recht kennt neben dem Universalfideikommiß das legatum

3. Nur *Universalsuccessoren* des Erblassers sind mit einem Universalfideikommisse belastbar, also namentlich Testaments- oder Intestaterben und die Erben dieser Personen.[8]

Auch einem *Universalfideikommissar* kann ein — successives — Universalfideikommiß aufgelegt werden. Es läßt sich dies weiter fortsetzen. Im Leben kommen derartige gekünstelte Anordnungen aber nicht leicht vor.[9]

4. Das Universalfideikommiß ist meist an Zeitbestimmungen oder Bedingungen geknüpft. Häufig wird es für den Fall des Todes des Erben hinterlassen; es ist dann der Erbe des Erben der Beschwerte.

Ist ein kinderloser Descendent des Erblassers dessen Erbe und mit einem Universalfideikommisse auf den Fall seines Todes belastet, so gilt dies nach gesetzlicher Vermuthung dadurch als bedingt, daß er ohne Hinterlassung ehelicher Descendenz verstirbt.[10]

Der Zweck der Universalfideikommisse ist in der Regel, dem *fidu-*

---

partitionis, vermöge dessen der Erbe die Nachlaßobjekte mit dem Legatar zu theilen hatte, dieser aber dafür versprechen mußte, für einen entsprechenden Theil der Erbschaftsschulden aufzukommen. Ulpian. fragm. XXIV § 25, XXV §§ 14 und 15. Noch in den Pandekten finden sich zahlreiche Stellen, welche die partitio legata behandeln. Vgl. Vangerow Bd. 2 § 556. Manche behaupten um deswillen, daß sich die justinianische *Verschmelzung von Legat und Fideikommiß* nur auf *Singularvermächtnisse* beziehe, daß dagegen der alte Gegensatz zwischen dem fideicommissum hereditatis und der partitio legata auch im justinianischen Rechte fortdauere. Dies ist mit der Verordnung Justinians unvereinbar und müßte zu verkehrten Resultaten führen. Aber ebensowenig läßt sich mit Fug bestreiten, daß der Erblasser, ähnlich wie bei der alten partitio legata, noch heutzutage die Anordnung treffen kann, daß der Vermächtnißnehmer nur ein Forderungsrecht auf einen Theil des Erbschaftsbetrages erhalten, also nicht in die Rechtsstellung eines Erben rücken soll. Anders jedoch Brinz Bd. 3 S. 439 Anm. 13.

7) Als Universalvermächtnisse werden bestmöglich manche Anordnungen erhalten, die ihrem Wortlaute und ihrem vollen Gedanken nach nicht ausführbar wären. Hat z. B. der Testator seinem Erben aufgelegt, eine bestimmte Person zu *Erben einzusetzen*, so ist die rechtliche Folge nur, daß der *Nachlaß des Testators* nach dem Tode seines Erben jenem Honorirten als Universalfideikommiß herauszugeben ist. l. 18 pr. D. h. t. 36, 1. Verordnet der Erblasser, daß sein Erbe *kein Testament errichten* solle, so liegt hierin ein Universalfideikommiß über *seinen Nachlaß* zu Gunsten der *Intestaterben* seines Erben. l. 76 pr. D. h. t. Die Auflage an den Erben, die *Erbschaft* mit einem anderen zu theilen, macht diesen natürlich zum Universalfideikommissar auf die Hälfte. l. 20 § 1 D. h. t. Aber auch die Aufforderung, mit einem anderen Gütergemeinschaft zu haben, bildet ein Universalfideikommiß zu dessen Gunsten, abhängig von der Bedingung, daß dieser auch sein Vermögen theilt.

8) l. 1 § 8 D. h. t. 36, 1. Auch der Vormund des Erben kann zur Restitution aufgefordert werden, die er aber in des Mündels Namen vollzieht.

9) § 11 I. h. t. 2, 23, l. 1 § 8 D. h. t. 36, 1, vgl. l. 57 § 2 D. eod., l. 7 § 1 b und c. C. h. t. 6, 49. Von diesem successiven Universalvermächtnisse, wie gesagt, einer seltenen und wenig gefunden Rechtsfigur, handelt Arndts in einem besonderen § 588.

10) l. 102 D. de cond. et dem. 35, 1, l. 30 C. de fideicommissis 6, 42, l. 7 § 1 C. de instit. vel substitut. 6, 25.

ciarischen Erben die Nutzungen der Zwischenzeit, dem Universalfideikommissar aber die Substanz zuzuwenden. Der Fiduciar behält daher regelmäßig die Nutzungen vom Erbschaftsantritte bis zur Herausgabe der Erbschaft, beziehungsweise bis zu seinem Verzuge in der Herausgabe.[11]

Der Erblasser kann aber andere Zwecke mit dem Universalfideikommisse verfolgen und die Herausgabe der Nutzungen der Zwischenzeit mit dem übrigen Nachlasse anordnen.

§ 120. Die Rechtsverhältnisse bis zur Restitution.

Die Rechtsverhältnisse sind bis zur Restitution des Nachlasses denen der Singularvermächtnisse im wesentlichen gleichartig.

1. Insbesondere gilt dies hinsichtlich der Weise des Erwerbes.[1]

Der Todestag des Erblassers ist regelrecht der „dies cedens" und begründet also die Vererblichkeit des Universalfideikommisses. Ist es aber bedingt, oder an einen ungewissen Termin geknüpft, der wie eine Bedingung wirkt; so tritt die Vererblichkeit erst mit dem bedingenden Ereignisse ein.

Auch für das Universalfideikommiß gilt als Regel, daß es nur durch den Erwerb der Erbschaft seitens des Erben zu Kräften kommt. Repudiation steht auch dem Universalfideikommissar frei.

Die Wirkungen des Erwerbes gestalten sich dagegen zum Theil anders als bei Singularvermächtnissen. Denn der Universalfideikommissar erlangt nur eine Forderung auf Restitution der Erbschaft. Unrichtig ist die Meinung, daß er Eigenthümer der Nachlaßsachen vor der Restitution werde.[2] Denn den Gegenstand des Universalfideikommisses bilden nicht die Nachlaßsachen, sondern die Restitution des Gesammtnachlasses.

2. Der Fiduciar wird Erbe mit Rechten und Pflichten eines solchen, also Eigenthümer der Erbschaftssachen, Gläubiger der Erbschaftsforderungen, Schuldner der Erbschaftsschulden.

Die Forderungen des Fiduciars gegen den Erblasser und die Schulden desselben diesem gegenüber erlöschen mit dem Erbschafts-

11) Es gilt allgemein und also auch für unbetagte, unbedingte Universalfideikommisse, was Ulpian libro 15 ad Sabinum 1, 19 pr. D. h. t. 36, 1 ausspricht: In fideicommissaria hereditatis restitutione constat non venire fructus nisi mora facta est aut cum quis specialiter fuerit rogatus et fructus restituere. l. 28 § 1 D. eod.

1) Oben Bd. 3 § 107.

2) Dies vertheidigt Brinz Bd. 3 S. 442. Vgl. dagegen Windscheid Bd. 3 § 665 Anm. 1.

antritte durch Konfusion.[3] Entsprechendes gilt für dingliche Rechte, z. B. für Servituten des Erben an Grundstücken des Erblassers.[4]

Im weiteren Verlauf besteht jedoch ein wichtiger Unterschied zwischen den Forderungen und den dinglichen Rechten. Die durch Konfusion untergegangenen *Forderungen* nämlich leben mit der Restitution der Erbschaft *nicht von selbst wieder auf*, da der Erbschaftsantritt durch die Restitution keineswegs zunichte gemacht wird, vielmehr die Basis des Verhältnisses bleibt. Allerdings hat in der Regel Neubegründung jener Forderungen bei der Restitution zu geschehen, sie findet jedoch keineswegs immer statt. Denn der Erblasser hatte möglicherweise die Absicht, seine Schuld an den Fiduciar durch die Zuwendung der Nutzungen des Nachlasses zu tilgen, so daß eine Wiederherstellung der Forderung unzulässig ist. Dingliche Rechte dagegen, welche durch die Konfusion untergingen, leben von selbst wieder auf, damit ihre Priorität wieder eintritt.

Ein gesetzliches *Veräußerungsverbot* untersagt dem Fiduciar die Veräußerung der *Nachlaßobjekte*.[5]

Das Verbotsgesetz spricht nicht von *Nachlaßforderungen*. Auf sie das Verbot durch ausdehnende Interpretation zu beziehen, ist juristisch bedenklich und unzweckmäßig.[6] Ihretwegen ist daher der Universalfideikommissar nur durch die ihm zu stellende Sicherheit gedeckt.

Die Veräußerung ist dem Fiduciar gestattet unter folgenden Voraussetzungen:

a) Sie ist geboten, wenn sie durch eine sorgfältige Verwaltung gefordert wird. Insbesondere hat sie zur Befriedigung der Erbschaftsgläubiger zu geschehen.[7]

b) Der Erblasser kann sie ferner verstatten oder auch zur Pflicht machen.

c) Sie ist endlich zulässig, wenn der Universalfideikommissar in sie willigt.[8]

Der Fiduciar steht dem Universalfideikommissar nicht schlechthin

---

3) l. 61 pr. 1, 82. D. h. t. 36, 1.

4) l. 75 § 1 D. h. t. 36, 1.

5) l. 3 § 2—4 C. comm. de leg. 6, 43. A. Seuffert, das gesetzliche Veräußerungsverbot S. 40.

6) Anders Windscheid Bd. 3 § 665 Anm. 8; vgl. aber Seuffert a. a. O. S. 71.

7) l. 23 § 3 D. h. t. 36, 1. Dem Fiduciar ist gestattet, Theile des Nachlasses zu einer Dotirung, wie auch zu einer propter nuptias donatio zu verwenden, worüber das nähere l. 23 § 4 D. h. t. 36, 1, nov. 39 cap. 1, Seuffert a. a. O. S. 119.

8) l. 11 C. de fideicommissis 6, 42, Seuffert a. a. O. S. 121.

für leichte Verschuldung ein, haftet vielmehr nach Art eines Miteigenthümers nur für die Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.[9]

§ 121. Der Eintritt des Universalfideikommissars in die Erbenstellung.

Die Erbenstellung geht auf den Universalfideikommissar in der Regel durch Restitution seitens des Fiduciars über, unter Umständen ohne solche kraft Urtheils oder unmittelbar in Folge Gesetzes.[1]

1. Die Restitution geschieht durch Vertrag zwischen Fiduciar und Fideikommissar. Er kann in Worte gefaßt — verbis — oder stillschweigend in der Uebergabe der Nachlaßobjekte — re — enthalten sein.[2]

Mit der Restitution verbindet sich in der Regel eine Auseinandersetzung der Betheiligten. Insbesondere kann der Fiduciar zugleich Herstellung seiner durch den Erbschaftsantritt untergegangenen Forderungen gegen den Erblasser verlangen,[3] nicht minder Ersatz nothwendiger oder nützlicher Verwendungen auf den Nachlaß, soweit sie sich nicht mit dem Fruchtertrage kompensiren, ferner Abnahme oder Deckung der für den Nachlaß persönlich von ihm eingegangenen Verbindlichkeiten und Kaution wegen künftig hervortretender Benachtheiligungen, wenn solche zu befürchten sind.

Da die Restitution ihre Kraft der letztwilligen Verfügung des Erblassers entnimmt, so wirkt sie nur nach deren Maßgabe, daher nicht vor der in dieser Verfügung bestimmten Zeit, und nicht in höherem Maße, als diese anordnete.[4]

Von der rechtlichen ist die thatsächliche Restitution zu unterscheiden, d. h. die Uebergabe der Nachlaßsachen seitens des Fiduciars an den Fideikommissar.

2. Rechtskräftige Verurtheilung des Fiduciars, welcher die Restitution hintanhält, ersetzt dieselbe.[5]

---

9) l. 23 § 3 D. h. t. 36, 1, Arndts § 583. Anders Windscheid Bd. 3 § 665 Anm. 7.

1) Brinz Bd. 3 S. 442 bezeichnet mit Unrecht die Restitution als eine „einseitige" Erklärung des Fiduciars an den Fideikommissar. Es bedarf auch des Willens des Universalfideikommissars, die Erbschaft zu übernehmen. Hat die Restitution an einen Pupillen zu geschehen, so wird daher Autorität des Vormundes verlangt. l. 38 § 2 D. h. t. 36, 1, vgl. ferner l. 42 D. eod.

2) l. 38 pr. D. h. t. 36, 1.

3) l. 61 pr. D. h. t. 36, 1. Oben Bd. 3 § 120 Anm. 3.

4) l. 10 D. h. t. 36, 1.

5) C.P.O. § 779.

3. Die Vorbedingung der Restitution ist der Erbschaftserwerb durch den Fiduciar.

In der Regel ist der Erbschaftsantritt Sache des freien Beliebens des Berufenen. Für den Fiduciar aber, dem die Restitution eines Universalfideikommisses aufgelegt ist, tritt nach dem S. C. Pegasianum Zwang ein, welcher vom Magistrate auf Antrag des Universalfideikommissars ausgeübt wird.[6] Die Römer sahen es also als Bürgerpflicht an, daß der Fiduciar das Vertrauen des Erblassers zu ihm nicht täusche und die Erbschaft behufs der Restitution antrete, sofern er nur gegen materiellen Nachtheil gesichert war.

Dieses Zwangsrecht wurde außerordentlich weit ausgebildet.

a) Seine principielle Voraussetzung ist, daß die Erbschaft dem Fiduciar deferirt sei.

Man hat jedoch theilweise sogar die Delation zwangsweise herbeigeführt. Rein potestative Bedingungen, die nicht Ehre und Interesse des Fiduciars verletzen, werden erzwungen,[7] einige Potestativbedingungen, z. B. die Annahme des Namens des Erblassers durch den Erben, erforderlichenfalls remittirt,[8] keineswegs aber alle Potestativbedingungen.[9] Ist der Inhalt der Bedingung eine Handlung, die auch ein Dritter vornehmen kann, z. B. eine Geldzahlung, so darf sie der Universalfideikommissar statt des Fiduciars erfüllen.

b) Auch wenn der Fiduciar die Erbschaft ausgeschlagen hat, tritt der Zwang zum Antritt noch ein. Die Ausschlagung wird also ignorirt.

c) Der Universalfideikommissar hat das Recht auf das Zwangsverfahren regelrecht erst, wenn der dies cedens seines Fideikommisses eingetreten ist.

Auch dies wurde nicht schlechthin festgehalten. In gewissen Fällen kann nämlich der Universalfideikommissar, dessen Recht noch ein bedingtes ist, den Antritt erzwingen. Der Fiduciar wird dann, wenn die Bedingung des Universalfideikommisses und damit die Möglichkeit der Restitution an den Zwingenden ausfällt, durch in integrum restitutio der Erbschaft wieder entbunden.[10]

---

6) Oben Bd. 3 § 65, l. 17 D. si quis omissa causa testamenti 29, 4, l. 4 D. h. t. 36, 1.

7) l. 7, l. 32 § 2, l. 65 § 7 D. h. t. 36, 1.

8) l. 65 § 10 D. h. t. 36, 1.

9) In der hierfür angeführten l. 65 § 7 D. h. t. 36, 1 ist mit Mommsen zu lesen „sed et remitti eam iniquum visum est“ statt „ab initio“. Vgl. Bangerow Bd. 2 § 58 S. 549.

10) l. 11 § 2, l. 12, l. 13 pr., l. 32 pr. D. h. t. 36, 1.

d) In Rom wurde über den Zwang extra ordinem beim Magistrate verhandelt. Derselbe nöthigte durch Strafandrohungen den Fiduciar effektiv zum Erbschaftsantritte.

Gemeinrechtlich bedarf es der Erhebung einer Klage.[11] Das verurtheilende Erkenntniß ersetzt Antritt und Restitution.

e) Wer zum Erbschaftsantritte gezwungen ist, wird zwar Erbe, so daß die Destitution des Testamentes abgewendet ist. Doch ist er gleichsam bloß Durchgangspunkt, indem die Rechte und Pflichten aus dem Antritte vollständig auf den Universalfideikommissar übergehen, welcher das Zwangsverfahren betrieb.[12]

4. In drei Fällen tritt Uebergang der Erbenstellung kraft Gesetzes ohne Restitution oder Urtheil ein:[13]

a) bei Abwesenheit des Fiduciars ohne Vertreter;

b) im Falle des Versterbens des Fiduciars vor dem Erblasser, oder des Versterbens nachher ohne Hinterlassung eines Erben;

c) endlich zu Gunsten successiver Universalfideikommisse.

In den beiden ersten Fällen wird der Universalfideikommissar behandelt, wie wenn er zugleich Vulgarsubstitut wäre.

§ 122. Die Rechtsverhältnisse nach der Restitution.

Mit der freiwilligen oder kraft Urtheils oder Gesetzes vollzogenen Restitution an den Universalfideikommissar ändert sich die Rechtslage vollständig.

1. Der Universalfideikommissar ist nunmehr der mittelbare Universalsuccessor des Erblassers[1] nach dem Maße der Restitution.

Er erlangt also das Eigenthum der Nachlaßsachen, selbst wenn ihm deren Besitz noch nicht übertragen ist,[2] er wird Gläubiger der Erbschaftsforderungen, Schuldner der Erbschaftsschulden. Ihm steht

---

11) Von Wichtigkeit für das Zwangsverfahren ist, daß der Fiduciar auch antreten muß, wenn er die Geltung des Testamentes in Zweifel zieht, sowie wenn er die Rechtsbeständigkeit des Fideikommisses leugnet und die Erörterung eine weitaussehende werden müßte. l. 13 §§ 2 und 3 D. h. t. 36, 1. Das Verfahren erhält hierdurch einen summarischen Charakter. Ergiebt sich später, daß der angebliche Fideikommissar kein Recht hatte, so ist der Fiduciar gegen den Antritt zu restituiren.

12) Unten § 122.

13) l. 7 C. h. t. 6, 49, vgl. l. 13 § 4, l. 14 D. de test. mil. 29, 1.

1) l. 39 D. h. t. 36, 1. Paulus libro 20 ad edictum: non enim solutio est hereditatis restitutio, sed et successio, cum obligetur.

2) l. 65 pr. D. h. t. 36, 1. Gajus libro 2 fideicommissorum: Facta in fideicommissarium restitutione statim omnes res in bonis fiunt ejus, cui restituta est hereditas etsi nondum earum nactus fuerit possessionem.

die hereditatis petitio fideicommissaria zu,[3] und er hat die actio familiae erciscundae sowohl gegen den Fiduciar, welchem ein Theil des Nachlasses verblieb,[4] wie gegen die Miterben desselben.

Dem Universalfideikommissar gebührt der Nachlaß in dem Stande, den er zur Zeit der Restitution hat; daher gebührt ihm auch, was erst der Fiduciar für den Nachlaß erwarb.[5]

2. Der Fiduciar hat, soweit er restituirte, materiell die Erbenstellung fortan nicht mehr.

Doch behält er die Erbbegräbnisse.[6]

Was Prälegate anlangt, so ist derjenige Theil, welchen der Fiduciar, weil er von ihm ungültig vermacht ist, nur als Erbe besitzt, von den übrigen Theilen zu unterscheiden, die ihm von seinen Miterben zukommen. Der erstere geht als Bestandtheil der Erbschaft mit deren Restitution auf den Universalfideikommissar über, die letzteren Theile des Prälegates verbleiben dem Fiduciar als Vermächtnisse.[7] Der Erblasser kann jedoch natürlich durch besondere Bestimmung dem Fiduciar die Herausgabe des ganzen Prälegates an den Universalfideikommissar auflegen, nicht minder ihm dasselbe ganz belassen.

Sehr bestritten ist, ob dann, wenn einem Theilerben Restitution aufgelegt ist, das Universalfideikommiß auch vakant werdende, dem Fiduciar anwachsende Portionen umfaßt?[8] Es ist dies zunächst Frage der Auslegung, welche nach den erkennbaren Intentionen des Erblassers zu beantworten ist. Im Zweifel ist sie zu verneinen. Denn in dubio pro reo!

Ausgedehnter sind die Rechte des Universalfideikommissars, wenn sich der Fiduciar zum Antritte der Erbschaft zwingen ließ. Dann gehen alle Vortheile der Erbschaft auf den Universalfideikommissar

---

3) l. 1 § 2 D. h. t. 36, 1, l. 28 § 7 D. eod. Ueber die Formel der Klagen vgl. Lenel, edictum S. 143.

4) l. 40 D. familiae erciscundae 10, 2.

5) l. 75 D. h. t. 36, 1, l. 22 D. pecunia constituta 13, 5.

6) l. 43 § 1 D. h. t. 36, 1.

7) l. 19 § 3 D. h. t. 36, 1. Ueber den angeblichen Widerspruch mit l. 86 D. ad legem Falcidiam 35, 2 vgl. Bangerow Bd. 2 § 523 S. 419.

8) Die Quellen sprechen sich über die Frage nicht aus. Doch kann aus l. 44 D. h. t. 36, 1 ein argumentum a contrario entnommen werden. Für die Pflicht der Restitution der anwachsenden Portion ist Marezoll in Lindes Zeitschrift n. 10, Bangerow Bd. 2 § 494 S. 314. — Brinz Bd. 3 S. 171 vertheidigt sogar die Ansicht, daß die akrescirende Portion dem Universalfideikommissar unmittelbar zukomme! Das ist verfehlt. Denn auf den Universalfideikommissar können die Erbportionen in der Regel nur durch Restitution übergehen. Die Frage ist also nur, welchen Umfang hat die Restitutionspflicht. Die hier vertretene Meinung theilt u. a. Arndts § 583 bei p.

über.[9] Daher kommt ihm gegenüber das Recht des Erben auf Abzug der Quart nicht zur Anwendung und er erlangt deſſen Recht auf die Quart gegenüber Singularvermächtniſſen.[10] Ferner erlangt er, auch wenn ihm nur das Univerſalfideikommiß eines Theiles der Erbſchaft letztwillig zugewendet war, alles, was der Fiduciar außerdem ererbt hat, ſei es von vornherein, ſei es durch Anwachſung.[11 12]

Andererſeits werden dem gezwungenen Fiduciar alle Nachtheile des Antrittes abgenommen.[13]

3. Der Fiduciar hat das Recht auf die quarta Trebelliana.

Im allgemeinen ſind für ſie die Grundſätze der Falcidia maßgebend.[14 15] Dies namentlich auch bezüglich der Gegenſtände der Einrechnung. In der Regel hat ſich der Fiduciar alſo nur einzurechnen, was er als Erbe empfing, wohin unter anderem auch der ihm gemäß des Willens des Erblaſſers aus dem Nachlaſſe zukommende Fruchtertrag gehört,[16] ferner, was er bei der Reſtitution des Nachlaſſes an Erbſchaftsſachen zurückhalten darf.[17] Auch was ihm der Fideikommiſſar für die Erbſchaft nach der Anordnung des Erblaſſers zu zahlen hatte, muß er einrechnen.[18 19]

---

9) l. 44 D. h. t. 36, 1.

10) l. 15 § 4, l. 4, l. 29 § 2 D. h. t. 36, 1, l. 65 § 11 D. eod.

11) l. 17 § 9 D. h. t. 36, 1.

12) Gewiſſe Vortheile bleiben dem Fiduciar auch im Falle des erzwungenen Antrittes, namentlich behält er, was ihm nicht aus der Erbſchaft zukam, wie das condicionis implendae causa datum l. 44 §§ 4 und 5 de cond. 35, 1, was er nicht „judicio testantis“ empfing. l. 28 § 1 D. h. t. 36, 1. Vgl. Bangerow Bd. 2 § 558 S. 551.

13) l. 28 § 15 D. h. t. 36, 1. Julianus libro 40 Digestorum: nam sicut explendae fidei gratia cogendus est adire hereditatem ita ob id ipsum damno affici non debebit. Daher hat der Fiduciar im Zwangsverfahren dilatoriſche Einreden, wodurch er Beſeitigung jeder Beſchädigung erzwingt. Brinz Bd. 3 S. 447.

14) Dernburg im Archiv für civ. Praxis Bd. 47 S. 307; Bangerow Bd. 2 § 536 S. 479.

15) Dies ergiebt mit Sicherheit die hiſtoriſche Entwickelung. Es handelte ſich nur um eine Ausdehnung der Falcidia. Gajus Inst. II § 254: Pegaso et Pusione consulibus Senatus censuit, ut, ei, qui rogatus esset hereditatem restituere proinde liceret quartam retinere atque e lege Falcidia in legatis retinere conceditur.

16) l. 23 § 2 D. h. t. 36, 1, l. 60 § 5 D. eod., l. 18 § 1 D. ad legem Falcidiam 35, 2. Vgl. Bangerow Bd. 2 § 536 S. 490.

17) § 9 I. h. t. 2, 23, l. 91 D. ad legem Falcidiam 35, 2.

18) l. 60 § 3 D. h. t. 36, 1, l. 91 D. ad legem Falcidiam 35, 2.

19) Viel beſtritten iſt, ob auch das vom Univerſalfideikommiſſar dem Fiduciar „implendae condicionis causa“ geleiſtete in die Quart zu rechnen iſt. Hierfür ſpricht ſich, wie es ſcheint, aus Marcianus libro 13 institutionum l. 91 D. ad legem Falcidiam 35, 2: „sed et quod implendae condicionis causa fideicommissum heredi datur in eadem causa esse admittendum sciendum est“, wonach das ſolchergeſtalt zugewendete ebenſo zu behandeln wäre, wie wenn der Fiduciar

Der Fiduciar zieht sich die Quart durch Zurückhaltung einer entsprechenden Erbschaftsquote ab. Er bleibt insoweit also materiell Erbe.[20]

4. Der Erblasser ordnet nicht selten außer dem Universalfideikommiß Vermächtnisse an.

Sie fallen dem Universalfideikommissar ganz zur Last, wenn ihm die ganze Erbschaft restituirt wird, und zum Theil, wenn sie ihm zum Theil restituirt wird.[21]

Dem Fiduciar aber muß, sofern er freiwillig antrat, seine Quart wie von dem Universalfideikommiß so auch von Specialvermächtnissen frei bleiben.[22]

§ 123. Das Fideikommiß auf den Ueberrest.

Häufig wird dem Fiduciar nur aufgelegt, den Nachlaß herauszugeben, soweit er sich zur Zeit seiner Restitutionspflicht noch bei ihm vorfindet — fideicommissum ejus quod superfuturum erit.[1]

Damit giebt der Erblasser dem Fiduciar das Recht zu freier Verfügung.

Untreue macht ihn trotzdem haftbar, d. h. was er zur Vereitelung des Rechtes des Fideikommissars dolos vornimmt.[2 3]

„accepta pecunia hereditatem restituere rogatus sit". Darin liegt ein unausgleichbarer Widerspruch gegen die Ausführung von Marcianus in der l. 30 § 7 D. eod. Doch die Fassung ist eine ungeschickte. Der Zusatz ist erst von zweiter Hand — Flor. 2 — in der Florentina beigeschrieben. Den Basiliken ist er fremd. So hat ihn Mommsen geradezu im Texte ausgelassen und als unechtes Glossem in die Anmerkung verbannt.

20) Dies hat Justinian bestimmt, § 7 I. h. t. 2, 23.

21) l. 2 C. h. t. 6, 49, l. 1 § 19, l. 15 § 1 D. ut legat. causa cav. 36, 3.

22) Das nähere siehe bei Bangerow Bd. 2 § 559 S. 552.

1) Besonders oft kommt es vor, daß der vorversterbende Ehegatte den überlebenden zum Erben einsetzt und ihm auflegt, den gemeinsamen Kindern zu restituiren, was beim Tode des Letztlebenden oder auch zur Zeit der Großjährigkeit eines oder aller Kinder noch übrig ist.

2) l. 56, l. 60 § 8 D. h. t. 36, 1. Schenkungen unter Lebenden sind dem Fiduciar verstattet, soweit sie sich durch die konkrete Sachlage rechtfertigen. Schenkungen, die nicht durch die objektive Sachlage, sondern bloß durch Affektionen oder Laune begründet sind, hat man zu dem zu zählen, was „intervertendi fideicommissi gratia factum est". Der Fiduciar muß, wenn er Kapital aufbraucht, das verbrauchte nach Billigkeit auf sein etwaiges eigenes Vermögen und die Erbschaft vertheilen. l. 56 D. h. t. 36, 1.

3) In der Regel hat der Fiduciar auch bei dem Fideikommiß auf den Ueberrest nicht herauszugeben, was er von den Einkünften des Fideikommisses erspart hat. l. 60 § 7 D. h. t. 36, 1. Natürlich kann der Erblasser aber verordnen, daß auch das von den Nutzungen ersparte herauszugeben sei. Eine solche Auflage nahmen die Römer an, wenn der Fideikommissar restituiren sollte, „quidquid ex bonis supererit", l. 3 §§ 2 und 3 D. de usuris 22, 1.

Justinian aber erklärte aus vermeinter Billigkeit bei solchen Fideikommissen zudem den vierten Theil des Nachlasses als dem Fideikommissar verfangen, so daß der Fiduciar dieses letzte Viertel nur in gewissen, gesetzlich bestimmten Nothfällen antasten kann.[4] Wegen dieses Viertels hat der Fideikommissar auch Recht auf Kaution, sofern sie der Erblasser nicht erließ, was nicht gerade ausdrücklich geschehen muß.[5]

Herauszugeben ist nicht bloß, was der Erblasser ursprünglich hinterließ, sondern auch, was der Fiduciar für Nachlaßobjekte erwarb, soweit es noch bei ihm existirt.[6]

Achtes Kapitel.

Die Testamentsexekutoren.

§ 124. Geschichte und Wesen der Testamentsexekution.[1]

Das Institut der Testamentsexekution war dem römischen Rechte fremd.[2] Denn nach diesem Rechte ist es der Erbe, vor allem der Testamentserbe, welcher den letzten Willen des Erblassers zu vollstrecken und den Nachlaß zu ordnen hat. Ihren Ursprung hat die Testamentsexekution in deutscher Sitte, welche im kanonischen Rechte Anerkennung fand.

Die geschichtlichen Ausgangspunkte des Institutes sind für dessen Würdigung entscheidend. Nur von ihnen aus ist es möglich, in den

4) nov. 108 cap. 1 und cap. 2. Der Fiduciar darf das letzte Viertel angreifen, sofern er kein anderes Vermögen hat, zu Gunsten einer dos oder propter nuptias donatio, sowie zum Loskauf von Gefangenen. Selbst gegen dritte Erwerber, an welche der Fiduciar das letzte Viertel veräußert, hat der Fideikommissar Klage, jedoch nur wenn der Fiduciar selbst, beziehungsweise sein Erbe außer Stande ist, das dem Fideikommissar gebührende Viertel zu erstatten. Vgl. auch Bolze, Praxis d. R.G. Bd. 2 S. 325.

5) nov. 108 cap. 2.

6) l. 70 § 3, l. 71, l. 72 D. de leg. II. R.G. Bd. 7 S. 207.

1) Die Litteratur über Testamentsexekution siehe bei Stobbe, d. P.R. Bd. 5 § 308.

2) Schon in Rom kam es allerdings vor, daß der Erblasser letztwillig die Besorgung einzelner Angelegenheiten Vertrauenspersonen auftrug. l. 88 § 1 D. de leg. II. Der Gedanke einer umfassenderen Testamentsexekution findet sich in l. 80 § 1 D. ad T. C. Treb. 36, 1. Auch wurde in der christlichen Kaiserzeit die Vollstreckung von frommen Anordnungen häufig testamentarischen Vertrauenspersonen, erforderlichenfalls den Bischöfen überwiesen, l. 28 C. de episcopis 1, 3. Es sind dies vereinzelte Erscheinungen, an die sich eine allgemeine Theorie nicht knüpfte.

zahlreichen Streitfragen, welche Theorie und Praxis bewegen, eine feste Stellung zu gewinnen.

1. Die Kardinalfrage ist: Wen vertritt der Testamentsexekutor? Die einen behaupten, der Testamentsvollstrecker habe zwar seinen Auftrag vom Erblasser, aber er besorge die ihm angewiesenen Geschäfte im Namen und als *Stellvertreter des Erben*.[3] Eine andere Ansicht geht dahin, daß er als der Vertreter des Willens des Verstorbenen die Nachlaßgeschäfte besorge und für den *Nachlaß*, nicht für den Erben persönlich handele.[4]

Die letztere Auffassung allein entspricht der geschichtlichen Entwickelung. Die Testamentsexekutoren kamen nämlich mit der Reception des römischen Testamentsrechtes in Deutschland auf, vorzugsweise um den letzten Willen des Erblassers gegen die gesetzlichen Erben zu wahren, welche in letztwilligen Verfügungen einen Eingriff in ihre bisher unentziehbaren Rechte sahen und oft wenig geneigt waren, denselben Folge zu geben. Das Institut entsprang also nicht aus dem Gedanken einer Vertretung des Erben, sondern des Erblassers oder handgreiflicher des Nachlasses. Nichts berechtigt zur Annahme, daß es im Laufe der Zeit eine grundsätzlich verschiedene Gestalt annahm.

2. Auch die Frage ist eine bestrittene, ob der Testamentsexekutor im Zweifel nur dazu legitimirt ist, die *letztwilligen Anordnungen* des Erblassers zu vollstrecken, oder ob ihm in der Regel auch die *Liquidation des Nachlasses* obliegt, insbesondere die Befriedigung der Nachlaßgläubiger.

Die Bezeichnung als „Testamentsexekutor" führt leicht zur Meinung, daß dem Exekutor grundsätzlich nur die *Vollstreckung des letzten Willens* gebühre, so daß ihm die Liquidation des Nachlasses nur zustünde, wenn sie ihm *besonders* aufgetragen wäre.

Aber die Geschichte beweist das Gegentheil. Aus ihr ergiebt sich, daß die Testamentsexekutoren von Anfang an die Besorgung der *gesammten Nachlaßgeschäfte* hatten, sich zu diesem Zwecke in den Besitz des Nachlasses setzen durften, und insbesondere die Erbschaftsforderungen einzukassiren und die Erbschaftsgläubiger zu befriedigen hatten.[5]

---

3) Vgl. die bei Stobbe S. 275 Anm. 44 citirten.

4) Hauptvertreter der hierhin gehenden Auffassung ist Beseler, Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 9 S. 144.

5) Vgl. die bei Stobbe a. a. O. S. 262 mitgetheilten Urkunden, aus denen der weite Umfang der Befugnisse der Testamentsexekutoren im Mittelalter und später erhellt.

Auf den Namen Testamentsexekutor ist also kein Gewicht zu legen. Er bezeichnet nur eine Hauptfunktion des Vollstreckers.

Es ist hiernach auch für das heutige Recht daran festzuhalten, daß den Testamentsexekutoren die Ordnung aller Nachlaßgeschäfte zusteht, wenn der Testator seine Vollmacht nicht besonders eingrenzte.

§ 125. Die Rechtssätze der Testamentsexekution im einzelnen.

Testamentsexekution ist, wie sich ergab, letztwillig aufgetragene Vollstreckung des letzten Willens des Erblassers und Ordnung seines Nachlasses.

Wie die Grundgedanken, so sind auch viele Einzelpunkte des Institutes zweifelhaft. Eine gesetzliche Regulirung derselben besteht nicht, die Gründe ihrer Entscheidung sind daher der Geschichte und der inneren Natur des Institutes zu entnehmen.

1. Die Anordnung der Testamentsexekution muß in den Formen letztwilliger Verfügungen geschehen, da sie zu denselben gehört.

Die Uebernahme ist Sache des Beliebens des Ernannten. Ein obrigkeitlicher Zwang besteht nicht; denn die Testamentsexekution ist keine Vormundschaft.

2. Der Umfang der Vollmacht des Testamentsexekutors bestimmt sich in erster Reihe nach dem besonderen Willen des Testators.

Sie kann in einer allgemeinen Ermächtigung bestehen, aber auch bloß einzelne Geschäfte auftragen.

In der Regel ist der Testamentsexekutor:

a) Wahrer und Hüter des Testamentes.

Daher hat er für die gerichtliche oder notarielle Publikation des Testamentes bemüht zu sein, wenn er vor derselben sein Amt angetreten hat. Ferner liegt ihm ob, das Testament prozessualisch zu vertheidigen, namentlich gegen Angriffe der Intestaterben.[1] Seinerseits angreifen darf er das Testament nicht; damit zöge er sich den Boden unter den Füßen weg.[2]

Insbesondere hat er für Ausführung des Testamentes Sorge zu tragen durch Auszahlung der Vermächtnisse und durch Vollziehung der sonstigen Anordnungen des Erblassers.

---

1) R.G. Bd. 9 S. 208.
2) R.G. Bd. 16 S. 140.

Bei dem allen ist er keineswegs an die Anweisungen des Erben oder anderer Honorirter gebunden. Er hat den Willen des Erblassers selbst gegen deren einstimmigen Widerspruch zu schützen.[3]

Früher schrieb man dem Testamentsexekutor auch die Befugniß authentischer Auslegung des Testamentes zu. Mit Recht spricht man ihm aber derzeit diese Befugniß für die Regel ab. Denn durch sie würde er mehr Herr des Testamentes als dessen Vertheidiger.[4]

b) Der Testamentsexekutor ist Liquidator des Nachlasses.

Daher kann er dessen Aushändigung verlangen, soweit sie zum Zwecke der Nachlaßregulirung erfordert ist. Man wird ihm, wenn er ihn inne hat, wie einem Sequester juristischen Besitz zuzuschreiben haben.

Um die Masse zusammenzubringen, kann er ferner Nachlaßobjekte vindiciren und Nachlaßforderungen einklagen. Andererseits können Erbschaftsgläubiger und Legatare gegen ihn klagen.

3. Die Geschäfte, welche der Testamentsexekutor zur Vollziehung

---

3) In einer preußisch-rechtlichen Sache hat R.G. Bd. 16 S. 185 eine entgegengesetzte Entscheidung gefällt. Dieselbe wirft die Frage auf: „ob der vom Erblasser mit der Verwaltung des Nachlasses beauftragte Testamentsexekutor vermöge der ihm vom Erblasser gegebenen Befugnisse einer von den im Testamente bedachten Personen getroffenen Verfügung trotz des Einverständnisses aller Betheiligten darum zu widersprechen befugt ist, weil die getroffene Verfügung dem vom Erblasser in dem Testamente erklärten Willen widerspricht?“ Und diese Frage verneint das R.G. hauptsächlich aus dem Grunde, weil „mit dem durch den Tod des Erblassers herbeigeführten Eintritte des Erben und der sonstigen Rechtsnachfolger in die Vermögensrechte des Erblassers ein auf die Rechtsverhältnisse zu den Gegenständen des Nachlasses bezüglicher Wille des Erblassers nur in soweit Anspruch auf rechtliche Anerkennung haben kann, als einer durch den Willen des Erblassers bedingten Einschränkung des Erben oder sonst Bedachten ein konkretes Recht einer anderen Person gegenübersteht“. Es mag bemerkt werden, daß die Entscheidung des gegebenen Falles durch das R.G. wohl gerechtfertigt war, weil sich in demselben die Sachlage, von welcher der Erblasser bei seinen Anordnungen ausging, erheblich geändert hatte. Aber das R.G. hat sein Urtheil durch Rechtssätze gestützt, welche unrichtig sind. Daß die Anordnungen des Erblassers nur so weit Anerkennung finden könnten, als aus ihnen konkrete Rechte bestimmter Personen erwüchsen, scheint das R.G. als eine Art von Naturſatz anzusehen, welcher der Begründung nicht bedürfe. Der Satz ist aber ebenso unzutreffend nach preußischem Rechte — was hier nicht verfolgt werden kann — wie nach gemeinem, vgl. oben Bd. 3 § 84 Anm. 4. Nach der Ansicht des R.G. hätte die Verfügung des Erblassers keine Geltung, daß seine Briefschaften erst eine gewisse Zeit nach seinem Tode veröffentlicht werden sollen, selbst wenn er die Fürsorge hierfür einer Testamentsexekution aufgetragen hätte. Dem Erblasser, welcher seine Anordnung sichern wollte, bliebe nichts übrig, als durch Strafen, die er auf die Verletzung setzte, „ein konkretes Recht einer anderen Person bei Einhaltung seiner Bestimmungen zu schaffen“. Ihn hierzu zu drängen, wäre nicht räthlich. Die Entscheidung des R.G. entspricht also ebensowenig dem positiven Rechte als der Zweckmäßigkeit.

4) Selbst wo dem Testamentsexekutor ausdrücklich vom Testamente das Recht authentischer Interpretation der Bestimmungen des Testamentes beigelegt ist, zeigt sich wenig Geneigtheit der Gerichte, dem Folge zu geben, R.G. Bd. 14 S. 194.

seines Auftrages abschließt, verbinden den Nachlaß. Der Erbe haftet daher für sie nicht persönlich mit seinem eigenen Vermögen, wenn er unter der Rechtswohlthat des Inventars antrat.

4. Die Gefahr liegt nahe, daß der Testamentsexekutor seine Stellung mißbraucht, insbesondere, statt die Erbschaftsgeschäfte schleunig abzuwickeln, die Sache hinzögert. Gegen diese Gefahren bedarf es des Schutzes.

Der Testamentsexekutor hat daher vor allem, wenn er in den Besitz des Nachlasses kommt, ein Inventar zu errichten.

Er haftet für jede Verschuldung.

Der Erbe kann ihn deswegen zur Rechenschaft ziehen; nicht minder können dies andere benachtheiligte Erbinteressenten.

Der Erbe kann endlich darauf klagen, daß die Vollmacht des Vollstreckers für erloschen erklärt wird, wenn dieser pflichtwidrig verwaltet oder wenn Ereignisse eingetreten sind, welche den Erblasser als guten Wirth veranlaßt hätten, dem Testamentsexekutor die Vollmacht zu entziehen.[5]

Dritter Abschnitt.

Die Erbverträge.[1]

§ 126. Einleitung. Die Erbverträge im engeren Sinne.

Erbverträge waren den Römern fremd.[2] Sie erhielten aber Anerkennung in Deutschland seit der Reception des römischen Rechtes durch Praxis und Gewohnheitsrecht.[3] Ihre Ausbildung geschah vorzugsweise durch die romanistische Wissenschaft.

Die Erbverträge haben im gemeinen Rechte erhebliche Bedeutung

---

5) Die hier zusammengestellten Rechtssätze sind zum großen Theile streitig. Es würde die Grenzen unserer Aufgabe überschreiten, auf eine vollständige Begründung unserer Ansichten hier einzugehen.

1) Beseler, Erbverträge, 2 Theile in drei Bänden, 1835 ff.; Gustav Hartmann, z. L. v. den Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten 1860.

2) l. 5 C. de pactis conv. tam super dote 5, 14. l. 15 C. de pactis conventis 2, 3, l. 61 D. de V. O. 45, 1, l. 4 C. de inutilibus stipulationibus 8, 38.

3) Manche nehmen jedoch nur eine partikularrechtliche Geltung der Erbverträge an, vgl. Stobbe, P.R. Bd. 5 S. 277.

und wirken auf dessen System ein. Eine kurze Darstellung derselben ist daher hier geboten.[4]

Man unterscheidet *Erbverträge im engeren Sinne* oder affirmative, durch welche der Erblasser seinem Mitkontrahenten — dem Vertragserben — *ein Erbrecht zuwendet*, und *Erbverzichte* oder negative Erbverträge, durch welche der eventuelle Erbe *auf sein künftiges Erbrecht vertragsmäßig verzichtet*.

Erbverträge im engeren Sinne sind:

a) vor allem *Erbeinsetzungsverträge*, welche dem Vertragserben die *Universalsuccession* in den Gesammtnachlaß des Vertragserblassers oder in eine Quote desselben zusichern.

Sie sind besonders unter Ehegatten häufig.

Nicht selten sind sie *gegenseitige*, so daß der Ueberlebende der Vertragserbe des Vorversterbenden wird.

b) *Vermächtnißverträge* — partikulare Erbverträge — geben einen bloßen *Vermächtnißanspruch*.

Solche Vermächtnißverträge sind den Schenkungen von Todeswegen verwandt. Sie sind aber nicht mit ihnen zu identificiren. Sie bedürfen daher der Formen der Schenkungen von Todeswegen nicht und sind schlechthin unwiderruflich.[5]

Bezüglich der Erbeinsetzungsverträge gelten folgende Grundsätze, welche auf die Vermächtnißverträge so weit anzuwenden sind, als deren besondere Natur dies zuläßt.

1. Lange war streitig, welcher Art das Recht des Vertragserben während des Lebens des Erblassers und bis zum Antritte der Erbschaft ist?[6]

Derzeit ist man darüber einig, daß der Erbeinsetzungsvertrag nur eine *Berufung in den Nachlaß* des Mitkontrahenten begründet.[7] Seine Rechtswirkungen sind daher im wesentlichen denen eines Testamentes analog und nur dadurch von diesen verschieden, daß der Erblasser die Berufung des Vertragserben nicht vertragswidrig zurücknehmen darf.

Der Vertragserbe muß hiernach den Erblasser überleben, damit

---

4) Eingehend ist die Lehre in den oben Anm. 1 citirten Büchern behandelt. Die verschiedenen Ansichten stellt namentlich auch Stobbe a. a. O. S. 277 ff. zusammen.

5) Stobbe a. a. O. S. 298.

6) Eine ältere Auffassung gab dem Vertragserben ein unmittelbar mit dem Vertragsschluß eintretendes Recht an dem Vermögen des Vertragserblassers, vgl. Beseler a. a. O. Bd. 2 S. 247.

7) R.G. Bd. 4 S. 172.

sich seine Berufung verwirklicht. Ob er die Erbschaft annehmen oder zurückweisen will, nachdem die Berufung eingetreten ist, unterliegt seinem freien Willen.

Der Erblasser behält über sein Vermögen die uneingeschränkte Verfügung unter Lebenden, trotz des Erbvertrages. Selbst Schenkungen sind ihm nicht schlechthin verboten. Geschehen sie jedoch zur Vereitelung des Rechtes des Vertragserben, so sind sie wegen des Dolus des Schenkers anfechtbar.

Durch letztwillige Verfügungen kann der Erblasser das Recht des Vertragserben nicht vereiteln noch schmälern.[8]

Rechte der Notherben können dagegen auch gegenüber Erbverträgen geltend gemacht werden.

2. Es ist geistreich, den Erbvertrag ein vertragsmäßig unwiderrufliches Testament zu nennen.[9] Aber nicht haltbar ist es, hierauf die Theorie des Erbvertrages der Art zu gründen, daß man das eine Geschäft in zwei spaltet, von denen das eine, das Testament, den Grundsätzen des Testamentsrechtes unterliegen soll, und das andere, der vertragsmäßige Widerrufsverzicht, denjenigen des Vertrages.[10]

Der Erbvertrag ist vielmehr ein einheitliches Geschäft und unterliegt dem Vertragsrechte.

3. Die Praxis hat sich in Folge dessen nicht gescheut, den Satz der Formlosigkeit der Verträge auf die Erbverträge zu beziehen.[11]

Jedoch ist das Befremdliche dieser Anwendung nicht zu verkennen. Während die widerruflichen Testamente an Formen gebunden sind, macht man die unwiderruflichen Erbverträge mit dem gleichen Inhalte zu formlosen Geschäften![12]

4. Für die Fähigkeit zum Abschlusse der Erbverträge sind die allgemeinen Erfordernisse der Verträge nothwendig maßgebend.

Der vertragsschließende Erblasser muß daher fähig sein, Rechte aufzugeben, namentlich großjährig sein. Ein von einem Minderjährigen errichteter Erbvertrag ist ganz ungültig; er kann keineswegs als

8) Derartige letztwillige Verfügungen sind keineswegs nichtig. Sie können nur das Recht des Vertragserben nicht vereiteln. Erlebt dieser die Berufung nicht, oder verzichtet er auf die Erbschaft, so sind sie wirksam. RG. Bd. 4 S. 175 und dort citirte.

9) Unger, System Bd. 6 § 26.

10) Dies ist der Hauptgedanke der anregenden Schrift von Hartmann, siehe oben Anm. 1.

11) R.G. Bd. 8 S. 134.

12) Anderer Ansicht ist daher z. B. Stobbe a. a. O. S. 286, vgl. dort citirte.

Teſtament aufrecht erhalten werden, obgleich der Minderjährige ein ſolches errichten könnte.

Dagegen muß der Vertragserblaſſer nicht nothwendig teſtirfähig ſein.[13] Es kann alſo ein großjähriger Hausſohn gültig einen Erbvertrag ſchließen.

4. Abſchluß eines Erbvertrages durch Bevollmächtigte iſt trotz der Vertragsnatur des Geſchäftes unzuläſſig.

Der Vertragserbe muß ferner Kapacität beſitzen. Durch Indignität verwirkt auch der Vertragserbe ſein Recht.[14]

In dieſen Beziehungen macht ſich der beſondere Inhalt des Vertrages mit zwingender Kraft geltend.

5. Bedingungen ſind nach den Grundſätzen der Verträge und nicht nach denen der Teſtamente zu behandeln. Denn Erbverträge verdienen die beſondere Begünſtigung nicht, welche die Behandlung teſtamentariſcher Bedingungen ſo weſentlich beeinflußt.[15]

§ 127. Erbverzichte, Verträge über den Nachlaß eines Lebenden.

1. Erbverzichte, durch welche der eventuelle Erbe dem Erblaſſer gegenüber auf ſein dereinſtiges Erbrecht verzichtete, waren in Rom nichtig.[1] Nach kanoniſchem Rechte wurden ſie aber bei eidlicher Beſtärkung bindend[2] und nach neuerem gemeinen Rechte ſind ſie ohne weiteres gültig.[3]

Erbverzichte bedürfen ſo wenig einer beſonderen Form, wie die poſitiven Erbverträge.

Der Verzichtende wird nicht zur Erbſchaft berufen; ſein Erbrecht iſt ausgetilgt.

Der Erbverzicht kann abſolut gemeint ſein und wirkt dann ſchlechthin. Oft iſt er aber nur zu Gunſten gewiſſer Perſonen beſtimmt, z. B. der Geſchwiſter des Verzichtenden. Dann gilt er nur für den Fall, daß dieſe Perſonen in der That erben.

Streitfrage iſt, ob der Verzicht eines Deſcendenten des Erblaſſers

---

13) Häufig lehrt man das Gegentheil, ſiehe Stobbe a. a. O. S. 284.

14) Andere helfen in anderer Weiſe, ſiehe Stobbe a. a. O. S. 295.

15) Auch dies iſt ſehr beſtritten, ſiehe Stobbe a. a. O. S. 289.

1) l. 16 D. de suis et legitimis 38, 16, l. 3 C. de collatione 6, 20.

2) cap. 2 in 6to de pactis 1, 18.

3) Ueber die Entwickelung des gemeinen Rechtes vgl. Stobbe a. a. O. S. 307.

auf sein Intestaterbrecht gegen Vergütung eine Abfindung des Kindesstammes in sich schließt, so daß dann, wenn der Verzichtende vor dem Erblasser wegfällt, die von ihm abstammenden Descendenten durch den Verzicht ausgeschlossen sind.[4] Dahin neigt die deutschrechtliche Auffassung. Aber die herrschende gemeinrechtliche Lehre verwirft sie, weil jene entfernteren Descendenten ihren Ascendenten aus eigenem Rechte ab intestato beerben und nicht aus dem Rechte ihres weggefallenen Parens, dessen Verzicht ihnen entgegengestellt wird.

Hat jedoch ihr Parens für sich und seine Descendenten verzichtet, und sind sie dessen Erben geworden, so bindet sie ein solcher Verzicht, weil sie als dessen Erben dessen rechtliche Erklärungen anerkennen müssen.

2. Nach römischem Rechte sind Verträge, wodurch der künftige Erbe die Erbschaft seines Erblassers bei dessen Lebzeiten ohne dessen Zustimmung veräußert, nichtig. Zudem gilt der Veräußernde als unwürdig, so daß ihm die Erbschaft, falls sie ihm künftig deferirt wird, entrissen wird.[5]

Dieses Verbot betrifft jedoch nicht Verträge, wodurch im allgemeinen über möglicherweise anfallende Erbschaften verfügt wird, insbesondere nicht Societätsverträge des Inhaltes, daß künftige Erbschaften in die Gemeinschaft fallen sollen.[6]

Bestritten ist die Frage, ob und inwieweit das römische Verbot gemeinrechtlich gilt. Mit Unrecht führte man gegen diese Geltung früher häufig die Zulassung von Erbverträgen in Deutschland an. Denn die Ungültigkeit von Verträgen über die Erbschaft eines noch lebenden Dritten hat einen besonderen Grund, nämlich die Impietät gegen den Erblasser, welche solche Verträge als verwerflich erscheinen läßt.

Aber gerade darum muß man heutzutage unterscheiden.

Verträge solcher Art werden meist auch heute für das sittliche Gefühl anstößig und verwerflich erscheinen. Dann sind sie ungültig. Sie können aber auch sittlich unbedenklich sein, z. B. wenn der Erblasser altersschwach ist und seine Zustimmung nicht mehr geben kann, während die wirthschaftlichen Verhältnisse eine Auseinandersetzung seiner Descendenten erfordern. Dann sind sie als gültig zu erachten. Denn

---

4) Die Litteratur siehe bei Stobbe a. a. O. S. 318.

5) l. 29 § 2, l. 30 D. de donationibus 39, 5, l. 2 § 3 D. de his quae ut indignis 34, 9, l. 30 C. de pactis 2, 3.

6) l. 3 § 2 D. pro socio 17, 2.

was ſittlich oder unſittlich iſt, muß nach dem heutigen Volksgewiſſen und der jetzigen Volksüberzeugung beurtheilt werden, und nur als unſittliche ſind jene Verträge geſetzlich verworfen.[7]

Vierter Abſchnitt.

Die Inteſtaterbfolge.[1]

§ 128. Die Berufung zur Inteſtaterbfolge im allgemeinen.

Die Berufung zur Inteſtaterbfolge verlangt, daß objektiv gewiß iſt, daß kein Teſtamentserbe oder Vertragserbe ſuccedirt. Sie erfolgt alſo noch nicht, ſolange die Frage ſchwebt, ob ein Teſtamentserbe, z. B. ein bedingt eingeſetzter, in Folge Eintrittes der Bedingung berufen wird, und natürlich auch nicht, wenn ein Teſtamentserbe bereits berufen iſt, ſich aber über den Antritt noch nicht erklärt hat.

Berufen wird, wer im *Augenblicke der Berufung* der nächſte Inteſtaterbe iſt.[2] Der Augenblick des *Todes des Erblaſſers* entſcheidet grundſätzlich hierüber *nicht*. Verſtarb alſo der Erblaſſer mit Hinterlaſſung eines Teſtamentes, welches nach ſeinem Tode z. B. durch Ausſchlagen der Teſtamentserben deſtituirt wird, ſo wird zur Inteſtaterbſchaft berufen, wer *im Momente der Vereitelung* des Teſtamentes der nächſte iſt.[3] Wenn ferner der Erblaſſer mit

---

7) In der neueren juriſtiſchen Litteratur iſt die entgegengeſetzte Anſicht überwiegend vertreten, ſo daß man die verſchiedenen Fälle nicht unterſcheidet. Ihr hat ſich das R.G. Bd. 4 S. 125, wo ſich die Litteratur citirt findet, angeſchloſſen. Und doch hätte der Fall die Unrichtigkeit der zur Zeit in der Litteratur herrſchenden Anſicht vor Augen ſtellen müſſen. Ein Deſcendent hatte ſeinen Antheil an der Erbſchaft ſeiner Eltern, von denen der Vater verſtorben war und die Mutter lebte, aber wegen Geiſteskrankheit bevormundet war, verkauft. Der väterliche Nachlaß ſtand in der Leibzucht der Mutter. Später focht der Verkäufer dieſen Vertrag ſelbſt als contra bonos mores und als nichtig an. Und dieſer Anfechtung hat das R.G. ſtattgegeben.

1) Glück, L. v. d. Inteſtaterbfolge 1803, 2. Auflage 1822; Schirmer, Handbuch S. 125—297.

2) Fitting ſtellt als Princip im Archiv f. civ. Praxis Bd. 57 S. 153 auf, „daß wenn ein zur Erbſchaft berufener nicht wirklich Erbe werde, alles juriſtiſch ſo zu behandeln ſei, wie wenn er von vornherein nicht vorhanden geweſen wäre". Das mag für neuere Legislationen richtig ſein, für das römiſche Recht iſt es dies nicht. Vgl. namentlich Krieg, Delation der Erbſchaft im Falle einer Todtgeburt 1876 S. 3.

3) § 7 I. de hereditat. quae ab intestato 3, 1, l. 9 § 2 D. de liberis et postumis 28, 2.

Hinterlaſſung eines Embryo verſtarb, welcher im Falle lebendiger Geburt ſein Erbe wäre, ſo geht mit Vereitelung der Hoffnung die Berufung an den, welcher im Augenblicke der Fehlgeburt der nächſte war.[4]

Im jüngſten Rechte tritt durchweg ſucceſſive Berufung zur Inteſtaterbfolge ein, d. h. es wird jedem folgenden deferirt, wenn der zunächſt berufene nicht Erbe wird.

Für die Frage, wer ſolchergeſtalt ſucceſſiv berufen wird, iſt wiederum der Zeitpunkt maßgebend, in welchem die folgende Berufung geſchieht, alſo der Moment des Fehlſchlagens der früheren Berufung.

Es beſteht eine feſte Ordnung für die ſucceſſive Berufung der Verwandten, ſo daß ſie eine fortgeſetzte Reihe bildet, an deren Schluß das Erbrecht des überlebenden Ehegatten ſteht. Man ſpricht daher von dem ordentlichen Erbrechte der Verwandten und der Ehegatten.

Daneben kommt eine außerordentliche Erbfolge auf gewiſſe Theile des Nachlaſſes vor, welche neben der ordentlichen ſteht und mit verſchiedenen Klaſſen derſelben konkurrirt.

Das gemeinrechtliche Inteſtaterbrecht, und zwar ſowohl das ordentliche wie das außerordentliche, beruht faſt ganz auf der Geſetzgebung Juſtinians in ſeinen Novellen.

Dennoch iſt das ältere Inteſtaterbrecht gleichfalls hier darzuſtellen. Denn nur wer den Kontraſt zwiſchen altem und neuem Rechte ſcharf in das Auge faßt, wird dem eigenthümlichen Weſen des jüngſten Inteſtaterbrechtes voll gerecht.

Erſtes Kapitel.

Das vorjuſtinianiſche Inteſtaterbrecht.

§ 129. Das altcivile Inteſtaterbrecht.

Zwei Syſteme kämpften im römiſchen Inteſtaterbrechte um die Herrſchaft, das der Agnation und das der Kognation.

Das agnatiſche bezweckte die Erhaltung der Vermögen in den Familien deſſelben Namens, alſo im Mannsſtamme. Es hatte einen

---

4) l. 30 § 1 D. de a. vel o. her. 29, 2, Krieg a. a. O. S. 31.

ariſtokratiſchen Charakter, indem es die pekuniäre Stellung jener Familien förderte und bis zu einem gewiſſen Grade der Zerſplitterung der Güter entgegentrat. So war es von großer wirthſchaftlicher, ſocialer und politiſcher Bedeutung.

Dem anderen Syſteme, dem kognatiſchen, liegen humane Ideen zu Grunde. Vor allem der Gedanke der Gleichheit unter den Deſcendenten des Erblaſſers, dann auch der übrigen Verwandten.

Das Zwölftafelgeſetz gründete das Inteſtaterbrecht in ſchroffſter Weiſe auf Agnation.[1] Es waren hiernach Inteſtaterben:

1. Vor allem die sui, d. h. die Hauskinder des Erblaſſers zur Zeit ſeines Todes, zu denen auch die postumi gerechnet wurden, welche zur Zeit ſeines Todes erſt im Mutterleibe waren, aber in ſeiner Gewalt ſtünden, wenn ſie geboren wären.

Sui ſind bekanntlich die Söhne und Töchter des Hausvaters, ferner deſſen Enkel durch die Söhne und deſſen Urenkel durch Enkel und Söhne, nicht aber Nachkommen der Töchter und Enkelinnen.[2]

Den natürlichen gleich ſtanden die künſtlichen sui, d. h. die durch Rechtsakte in die Gewalt des Hausvaters eingetretenen, die wie Kinder behandelt wurden, alſo ſeine adoptirten Kinder und die Ehefrau in der Manus, die wie eine Tochter angeſehen wurde.

Neben näheren nahmen auch entferntere sui an der Beerbung des Hausvaters Theil, wenn das die Verwandtſchaft vermittelnde nähere Hauskind vor dem Erblaſſer verſtorben oder aus deſſen Gewalt geſchieden war. Es ſuccedirten insbeſondere neben Söhnen des Erblaſſers deſſen Enkel durch vorverſtorbene Söhne.

Waren nur sui erſten Grades — Söhne und Töchter — betheiligt, ſo erbten ſie nach Köpfen, waren entferntere — Enkel, Urenkel — betheiligt, ſo wurde nach Stämmen getheilt — in stirpes.

Weiber hatten daſſelbe Recht wie die Männer, ſolange ſie sui blieben, was aber bei Töchtern und Enkelinnen mit ihrer Verheirathung aufhörte, wenn ſie in die Manus ihres Ehemannes traten.

2. In Ermangelung von sui erbte der dem Erblaſſer nächſte Agnat. Es beſtimmte ſich dies relativ. Wenn nähere nicht exiſtirten, war man der nächſte. Agnaten gleichen Grades erbten zuſammen und theilten nach Köpfen.

---

1) Ulpian. fragm. XXVI § 1 id enim cautum est lege XII tabularum hac: „si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto.“ Daran ſchloß ſich — collatio XVI cap. 4 § 2: „si agnatus nec escit gentiles familiam habento.“

2) Gajus Inst. III §§ 1 ff. Ulp. fragm. XXVI §§ 1—6, collatio XVI cap. 2 ff.

Hier waren die Weiber zurückgeſetzt. Sie beerbten nur ihre Geſchwiſter, wurden aber von ihren männlichen Agnaten beerbt, wenn dieſe noch ſo weitläufig verwandt waren.[3]

3. In Ermangelung von Agnaten ſuccedirten die Gentilen.[4]

Es galt der merkwürdige Satz „in legitimis hereditatibus successio non est“, d. h. es gab keine ſucceſſive Berufung zur Inteſtaterbfolge. Führte alſo die einmalige Berufung eines Inteſtaterben nicht zum Erbſchaftserwerb, ſo war die Erbſchaft vakant.[5]

Die Gründe dieſes aus grauem Alterthum ſtammenden Satzes ſind nicht mehr mit Sicherheit zu ermitteln. Es ſcheint aber, daß in der älteſten Zeit nur das Erbrecht der sui im Volksbewußtſein feſtſtand. Das Erbrecht der Agnaten und Gentilen war wohl noch ein beſtrittener Punkt, als es durch das Geſetz der 12 Tafeln ſanktionirt wurde. Die entgegengeſetzte Strömung hatte dann noch die Kraft, daß man das Geſetz auf das ſtrikteſte auslegte.[6]

Das altcivile Erbrecht berückſichtigte bloße Kognaten nicht.[7]

War alſo die Ehefrau nicht in die Manus ihres Mannes getreten, ſo hatten ihre ehelichen Kinder kein Erbrecht gegen ſie. Ebenſowenig hatte die Mutter ein Erbrecht gegenüber dieſen Kindern.

Emancipirte Kinder ferner hatten kein Inteſtaterbrecht gegenüber ihrem Vater, da ſie aus deſſen Gewalt geſchieden und nicht mehr sui waren. Ebenſowenig beſtand zwiſchen ihnen und den Agnaten der Familie, der ſie dereinſt angehört hatten, Erbrecht.

---

3) Gajus Inst. III § 14. Ulpian. fragm. XXVI § 6.

4) Gajus Inst. III § 12, collatio XVI 4 § 2.

5) Gajus Inst. III § 12, § 22. Paul. sent. IV 8 § 23. Ulp. fragm. XXVI § 5.

6) Für die Hypotheſe, daß das älteſte römiſche Recht nur ein Inteſtaterbrecht der sui kannte, ſpricht vor allem die Faſſung des 12-Tafelgeſetzes — oben Anm. 1. — Daſſelbe ſanktionirt ausdrücklich das Erbrecht der Agnaten und der Gentilen, was darauf hinweiſt, daß es noch der Sanktion bedürftig war. Der Gegenſatz zu der Anerkennung des Erbrechtes der sui iſt hierfür ſehr bezeichnend. Erwäge man auch, daß ſich urſprünglich die Rechtsinſtitute in einfachſter Geſtalt bilden und allmälig erweitern und wachſen. Auch daß ſich die Nothwendigkeit der Inſtitution oder Exheredation ſeitens des Teſtators nur auf die sui bezog, kann als Argument dafür dienen, daß in der älteſten Zeit nur die sui ein Inteſtaterbrecht hatten. Vgl. noch Brunner, deutſche Rechtsgeſchichte Bd. 1 S. 195: „An Grund und Boden beſtand zunächſt nur ein beſchränktes Erbrecht. Er vererbte auf die Söhne des verſtorbenen Beſitzers. Waren aber ſolche nicht vorhanden, ſo fiel das Land bei den Salfranken der Geſammtheit der Dorfgenoſſen anheim.“ Wie ſich hiermit Tacitus Germania cap. 20 verträgt, muß hier dahingeſtellt bleiben.

7) Gajus Inst. III §§ 18 ff.

§ 130. Die Modifikationen des civilen Inteſtaterbrechtes bis Juſtinian.

Die Agnation blieb bis Juſtinian die Grundlage der Inteſtaterbfolge Roms. Aber die Schroffheit und Einſeitigkeit des alten Rechtes wurde doch gemildert, und zwar zuerſt durch das prätoriſche Edikt, dann durch Senatuskonſulte, endlich durch Verordnungen chriſtlicher Kaiſer.

1. Die prätoriſche bonorum possessio intestati ſtellte bezüglich des Nachlaſſes Freigeborener folgende Reihe auf, in welcher das Civilrecht zwar den Kern bildete, aber Veränderungen und Erweiterungen erfuhr.[1]

a) In der erſten Klaſſe, welche der Volksmund „unde liberi“ nannte,[2] berief das Edikt neben den sui die Deſcendenten, welche sui geweſen wären, wenn eine capitis deminutio minima nicht ſtattgefunden hätte, vor allem alſo die emancipirten Kinder des Erblaſſers.[3]

Ausgeſchloſſen waren die zur Adoption gegebenen Kinder, ſolange ſie in der fremden Familie waren.[4]

Wohl mochten die sui die Konkurrenz der Emancipirten als Verletzung ihres ausſchließlichen civilen Erbrechtes empfinden. Doch das Grundprincip deſſelben war nicht verletzt. Denn alle hier berufenen waren Deſcendenten durch den Mannsſtamm, „agnatiſche“ oder „quaſiagnatiſche“.

b) in der zweiten Klaſſe „unde legitimi“ rief das Edikt die „geſetzlichen Erben“.[5]

---

1) Vgl. Gajus Inst. III §§ 25 ff.

2) Tit. Dig. si tab. 38, 6, Cod. unde liberi 6, 14. Darüber, daß die Bezeichnung „unde liberi“ und die entſprechende der anderen Klauſeln nicht dem Edikte ſelbſt zugehörten, ſiehe Lenel, ediotum S. 284.

3) Eine beſondere Schwierigkeit entſtand, wenn der Hausvater einen Sohn emancipirt und einen Enkel durch dieſen Sohn in der Gewalt zurückbehalten hatte. Hier hatte der Enkel das alleinige civile Erbrecht als nächſter suus des Großvaters, während nach dem Syſteme des prätoriſchen Ediktes ſein Vater, der emancipirte Sohn, alleiniger Erbe ſein mußte. Julian, der Redaktor des Hadrianiſchen Ediktes, traf ein Kompromiß durch eine nova clausula „de conjungendis cum emancipato liberis ejus“. Daſſelbe theilte dem Emancipirten die eine Hälfte der Portion, die andere ſeinen in der Gewalt des Großvaters zurückgebliebenen Kindern zu. l. 1 pr. D. de conjung. cum emanc 37, 8.

4) Ulpian. fragm. tit. XXVIII § 8.

5) Tit. Dig. unde legitimi 38, 7, Cod. 6, 15. Das Edikt lautete nach l. 1 D. h. t.: „tum quem ei heredem esse oporteret, si intestatus mortuus esset.“

Dies waren urſprünglich nur die von dem Zwölftafelgeſetze gerufenen agnatiſchen Verwandten, nämlich noch einmal die sui, welchen hierdurch neue Friſt zur Agnoscirung der bonorum possessio gegeben war, ferner die Agnaten und endlich die Gentilen. Später, als auch Nichtagnaten durch die Geſetzgebung ein Inteſtaterbrecht erhielten, kamen ſie gleichfalls in dieſer Klaſſe zur bonorum possessio.

c) Erſt in der dritten Klaſſe „unde cognati“ wurden die Blutsverwandten des Erblaſſers gerufen,[6] und zwar bis zum 6. Grade, aus dem 7. aber noch Kinder von Nachgeſchwiſterkindern — sobrino et sobrina natus et nata.[7] Die Nähe des Grades gab den Vorzug.

Hier alſo erhielten Kinder ein Erbrecht in das Vermögen ihrer Mutter und Eltern in das Vermögen ihrer Kinder.

Es iſt klar, daß der entfernteſte Agnat, als in der zweiten Klaſſe berufen, den Erben dieſer Klaſſe vorging, mochten ſie noch ſo nahe verwandt ſein.

d) Endlich erhielt „unde vir et uxor“ der überlebende Ehegatte ein Erbrecht in das Vermögen des vorverſtorbenen.[8]

Das prätoriſche Recht führte ſucceſſive Berufung ein. Wenn alſo der je zunächſt berufene die bonorum possessio nicht agnoscirte, wurde der folgende gerufen, bis die Reihe erſchöpft war.[9]

2. Zwei Senatuskonſulte gaben nächſtſtehenden kognatiſch Verwandten ein Erbrecht vor Agnaten.[10] Es gewährte nämlich:

a) das S. C. Tertullianum unter Hadrian der Mutter, welche das jus liberorum hatte, ein geſetzliches Erbrecht in das Vermögen ihrer Kinder, ſofern dieſe weder durch ihre Nachkommen beerbt wurden, noch durch ihren Vater, noch durch einen agnatiſch verwandten Bruder — einen consanguineus. Mit den agnatiſchen Schweſtern des Verſtorbenen — den consanguineae — theilte die Mutter.[11]

b) Weit durchgreifender war das S. C. Orfitianum unter dem philoſophiſchen Kaiſer Mark Aurel. Denn nach ihm ſollen die Kinder in erſter Reihe ihre Mutter beerben, alſo vor den Agnaten.[12] So

---

6) Tit. Dig. unde cognati 38, 8, Cod. 6, 15.

7) l. 1 § 8 D. h. t. 38, 8. Da der suus und der proximus agnatus auch Kognaten waren, ſo erging an ſie nach dieſem Edikt eine neue Berufung, ſofern kein näherer Kognat exiſtirte.

8) Tit. Dig. unde vir et uxor 38, 11. Cod. 6, 18.

9) Oben Bd. 3 § 62 Anm. 11.

10) Vgl. über die Senatuskonſulte Vangerow Bd. 2 § 408 und dort citirte.

11) Paul. sent. IV § 9. Ulpian. fragmenta XXVI § 8, Tit. Inst. h. t. 3, 3.

12) Ulpian. fragm. tit. XXVI § 7, Tit. Inst. de S. C. Orfitiano 3, 4.

billig dies ſcheint, ſo legte es doch eine gewaltige Breſche in das agnatiſche Syſtem. Bisher ging das Vermögen einer Frau nach ihrem Tode an die Familie zurück, aus welcher ſie ſtammte. Nunmehr fiel es an ihre Kinder, alſo in die Familie, in die ſie hineingeheirathet hatte.

3. Die chriſtliche Kaiſerzeit bis Juſtinian beſchränkte ſich im weſentlichen darauf, die Tendenzen, welche in den Senatuskonſulten auftraten, weiter durchzuführen.[13]

a) Die eingreifendſten Neuerungen fanden in der Klaſſe der Deſcendenten ſtatt. Auch die Großmutter väterlicher und die Großeltern mütterlicher Seite ſollten von ihren Enkeln ab intestato beerbt werden, dies jedoch unter verſchiedenen Abzügen zu Gunſten agnatiſch Verwandter.[14]

b) Die Mutter erhielt ein Erbrecht gegenüber ihren vorverſtorbenen Kindern, auch wenn ſie das jus liberorum nicht hatte.[15] [16]

c) In der Seitenlinie blieb der Vorzug der Agnaten faſt ganz unangetaſtet. Nur ſollten die emancipirten Geſchwiſter des Erblaſſers nach Anaſtaſius neben den agnatiſchen erben, jedoch ſo, daß die letzteren ein Präcipuum erhielten.[17]

---

13) Zuſammenſtellungen des Inhaltes der Verordnungen der chriſtlichen Kaiſerzeit über die Inteſtaterbfolge finden ſich u. a. bei Keller, Inſtitutionen S. 273 und Vangerow Bd. 2 § 409 S. 33. Dieſelben enthalten auch Juſtinians Verordnungen bis zur Novelle 118. Damit wird aber die Thätigkeit Juſtinians in dieſer Materie nicht in das rechte Licht geſtellt. Eine klarere Einſicht gewinnt man, wenn man den Rechtszuſtand vor Juſtinian und die Geſetzgebung dieſes Kaiſers unterſcheidet.

14) Valentinianus, Theodoſius und Arkadius a. 389 l. 4 C. Theod. de legit. hered. 5, 1. Vgl. l. 9, l. 12 C. de suis et legitimis 6, 55 und §§ 15 und 16 I. de hered. quae ab int. 3, 1.

15) Darüber enthielt l. 1 C. Theod. de legit. her. 5, 1 von Konſtantin a. 321 eigenthümliche Beſtimmungen. Erſt Juſtinian hob das Erforderniß des jus liberorum ganz auf l. 2 C. de jure liberorum 8, 58.

16) Ein eigenes Erbrecht wurde bezüglich des Vermögens der Hauskinder, zunächſt der an ſie fallenden lucra nuptialia, ſeit Juſtinian bezüglich ihrer Adventicien angeordnet. Die Deſcendenten des Kindes und ſelbſt deſſen Geſchwiſter gingen dem Vater vor, vgl. über dieſe Materie Vangerow a. a. O. S. 35.

17) Das Geſetz von Anaſtaſius iſt nicht überliefert. Siehe über daſſelbe vorzugsweiſe § 1 I. de successione cognatorum 3, 5 und Theophilus hierzu.

Zweites Kapitel.

Das justinianische Intestaterbrecht.

§ 131. Die leitenden Gedanken Justinians.

Das altrömische Intestaterbrecht wurde durch Justinian völlig umgestaltet. Dieses Erbrecht hatte in den Anschauungen und Traditionen der Völker des Ostreichs offenbar nie feste Wurzeln geschlagen. Erfahren wir doch von Justinian selbst, daß in Armenien ein ganz verschiedenes Intestaterbrecht galt,[1] und lehrt uns ferner das römisch-syrische Rechtsbuch, daß in Syrien ein Intestaterbrecht im Gebrauche war, welches mit dem römischen keine Verwandtschaft hatte.[2]

Ein derartiger Widerspruch zwischen dem Volksrechte und dem officiellen Reichsrechte machte die Bahn für die Reformgesetzgebung Justinians frei, welche humane und christliche Ideen bezüglich der Gleichberechtigung der Frauen mit den Männern verfolgte, welche in schroffem Gegensatze zu den Volksanschauungen des Orients standen.[3]

In diesem Sinne erließ Justinian sofort zu Anfang seiner Regierung zahlreiche Einzelgesetze, welche in seiner Kompilation Aufnahme fanden. Insbesondere beseitigte er die Zurücksetzung der weiblichen Agnaten gegenüber den männlichen,[4] ferner das Präcipuum der agnatischen Enkel gegenüber den kognatischen,[5] endlich den Vorzug der agnatischen Geschwister vor bloß kognatischen.[6]

Radikal aber verwirklichte er seine Ideen in der Novelle 118 aus dem Jahre 543, zu welcher die Novelle 127 aus dem Jahre 547 einen Nachtrag bildet. In der Novelle 118 hob er nämlich jeden Vorzug der Verwandtschaft durch den Mannsstamm vor der durch den Weiberstamm auf und begründete ein neues Erbrecht in den Nachlaß Gewalt-

---

1) Nov. 21 und edictum Justiniani III.

2) Dies Intestaterbrecht hat Bruns in dem römisch-syrischen Rechtsbuche S. 303 eingehend dargestellt.

3) Vgl. namentlich die praef. der nov. 21, in welcher Justinian beklagt, daß nicht bloß die Armenier, sondern auch andere Völker „die Natur verachten und das weibliche Geschlecht beleidigen, als wenn es nicht auch von Gott geschaffen und zur Erhaltung der Menschheit berufen sei".

4) l. 14 C. de legitimis heredibus 6, 58 aus dem Jahre 531.

5) l. 12 C. de suis et legitimis 6, 55 aus dem Jahre 528.

6) l. 15 C. de legitimis heredibus 6, 58 aus dem Jahre 534.

untergebener wie Gewaltfreier, unter Beseitigung aller bezüglichen älteren Gesetze.[7]

Für die Auslegung der Novelle 118 ist von entscheidender Bedeutung, ob man sie vorzugsweise aus dem altrömischen Rechte erklärt, oder aus ihrem eigenen Zusammenhange und nach den in ihr sich aussprechenden Tendenzen.

Während das erstere lange das Bestreben der Romanisten war, neigt man sich in der neueren Zeit mehr nach der letzteren Auffassung. Sie ist noch weiter durchzuführen. Nur so gewinnen wir auch ein den modernen Anschauungen entsprechendes Recht.[8]

A. Ordentliches Erbrecht der Verwandten.

§ 132. Die Ordnung der Verwandten.

Die Novelle 118 bildet im allgemeinen eine Gradualerbfolge, so daß die Nähe des Grades der Verwandtschaft entscheidet. Aber gewisse Kategorien von Verwandten, zwischen denen sittlich und social ein engeres Familienband besteht, sind besonders ausgezeichnet. Es sind dies Descendenten, Ascendenten, Geschwister und Geschwisterkinder ersten Grades.

Hiernach wurden 4 Klassen gebildet — ordines — von denen je die eine der anderen vorgeht.[1]

1. Die Klasse der Descendenten beruft die Nachkommen des Erblassers, also namentlich Söhne und Töchter, Enkel und Enkelinnen, Urenkel beiderlei Geschlechtes.

Entferntere Descendenten werden zwar neben näheren berufen, ihre Berufung ist aber davon abhängig, daß diejenigen Descendenten nicht erben, durch welche sie von dem Erblasser ab-

---

7) Die praefatio bestimmt: necessarium esse perspeximus hac lege omnes simul successiones cognationis ab intestato clara et compendiosa distinctione definire ut „cessantibus prioribus legibus, quae hac de causa lata sunt in posterum ea solum observentur, quae nunc definimus."

8) Die Verschiedenheit des Standpunktes erzeugte zahlreiche Streitfragen. Eine Schrift über sie ist Büchel, Streitfragen aus der Novelle 118 Marburg 1839 in dessen civilrechtl. Erörterungen Bd. 2 n. 2.

1) Die vielgenannten Memorialverse eines Unbekannten widmen jeder der 4 Klassen eine Zeile.

Descendens omnis succedit in ordine primo.
Ascendens proprior, germanus, filius ejus.
Tunc latere ex uno frater, quoque filius ejus.
Denique proximior reliquorum quisque superstes.

stammen. Uebrigens erwerben sie aus eigenem Rechte und keineswegs als Repräsentanten ihres vorverstorbenen Parens. Sie müssen daher nicht etwa Erben desselben geworden sein.[2]

Sind nur Söhne und Töchter berufen, so erhalten sie Kopftheile, konkurriren entferntere Descendenten, so wird nach Stämmen getheilt. Die entfernteren Descendenten erhalten hiernach, was ihrem, die Descendenz vermittelnden Parens zugekommen wäre, wenn er Erbe geworden wäre.[3 4]

2. In der Klasse der Ascendenten und vollbürtigen Geschwister werden berufen:

a) die dem Grade nach nächsten Ascendenten des Erblassers, also zunächst Vater und Mutter, in deren Ermangelung Großeltern, eventuell Urgroßeltern, außerdem

b) vollbürtige Geschwister des Erblassers, endlich

c) Kinder ersten Grades von vollbürtigen Geschwistern, wenn ihr Parens nicht erbt.[5 6]

---

2) Seit Alters spricht man von einem „Repräsentationsrechte" der Enkel und der Geschwisterkinder; dies ist schief und irrthümlich, wenn man darunter versteht, daß die Enkel und Geschwisterkinder nicht aus eigenem Rechte, sondern aus dem ihrer vorverstorbenen parentes erben, unverfänglich, wenn man damit nur bezeichnen will, daß die Enkel das erhalten, was ihr vorverstorbener Parens ererbt hätte, wenn er zur Succession gekommen wäre. Vgl. Kohler Repräsentationsrecht Abhandl. S. 367.

3) Auch wenn nur Enkel eines verstorbenen Kindes erben, sagt man korrekt, daß sie sich in die Stammportion ihres Parens zu theilen haben, nicht daß sie nach Kopftheilen in den Nachlaß ihres Großvaters succediren. Dieses bewährt sich, wenn mehr als 3 solcher Enkel mit der armen Wittwe des Erblassers konkurriren. Die Wittwe hat gleichwohl Anspruch auf ein Viertel des Nachlasses, und nicht bloß auf einen Kopftheil, wie der Fall ist, wenn sie mit mehr als 3 Kindern ersten Grades des Erblassers erbt.

4) Die lange „fast ganz übersehene" l. 3 C. de bonis maternis 6, 60 hat Schrader, Abhandlungen Bd. 1 n. 4 hervorgesucht, und man betrachtet sie seitdem in den Lehrbüchern wie praktisch. So Vangerow Bd. 9 § 415, Arndts § 479 Anm. 5. Nach dieser Verordnung soll der Vater, wenn seine emancipirten Kinder ihre Mutter beerben, den Nießbrauch einer Virilportion ihres mütterlichen Nachlasses haben, was auf deren Kinder und sogar auf Tochterkinder ausgedehnt wurde. Es liegt hierin aber im wesentlichen ein Zusatz zu dem praemium emancipationis, welcher, wie dieses unpraktisch ist.

5) Die Novelle 118 giebt den Geschwisterkindern den Worten nach das bevorzugte Erbrecht nur, wenn ihr Parens, also das Geschwister des Erblassers, „praemortuus" ist. Die Meinung aber ist offenbar, daß sie succediren sollen „in Ermangelung" ihres Parens, obgleich nur der Hauptfall hervorgehoben ist. Vgl. Vangerow Bd. 2 § 416 S. 55. Anderer Ansicht Büchel, Streitfragen S. 171.

6) Das bevorzugte Erbrecht der Geschwisterkinder an Stelle ihres Parens ist nicht in einem Guß erschaffen worden. Die Novelle 118 gewährte es nur, wenn keine Ascendenten konkurrirten. Die Novelle 127 verlieh es den Geschwistern auch wenn Ascendenten neben Geschwistern des Erblassers vorhanden waren. Die Praxis nimmt es endlich im Sinne dieser Novelle auch an, wenn bloß Ascendenten und keine Geschwister berufen sind. Vgl. die bei Arndts § 477 citirten. Anders freilich Seuffert, Archiv Bd. 5 n. 300.

Die Theilung geschieht in dieser Klasse nach folgenden Grundsätzen:

a) Sind nur Ascendenten berufen, so wird unter sie nach Linien getheilt, so daß die eine Hälfte den väterlichen, die andere den mütterlichen Großeltern, Urgroßeltern u. s. w. zufällt.

b) Sind Ascendenten und Geschwister zusammen berufen, so wird unter alle nach Köpfen getheilt, und dasselbe ist der Fall, wenn nur Geschwister berufen sind.

c) Sind neben Ascendenten oder Geschwistern des Erblassers Geschwisterkinder berufen, so erhalten dieselben zusammen den Stammtheil, welcher auf ihren Parens entfallen wäre.

d) Seit der Glossatorenzeit war die Theilungsweise streitig, wenn nur Neffen und Nichten des Erblassers von verschiedenen Geschwistern berufen sind. Die Theilung nach Stämmen, welche Accursius auch für diesen Fall vertheidigte, ist die folgerechte, die nach Köpfen, für welche Azo auftrat, erschien billiger und erhielt im Mittelalter größeren Beifall. Der Reichsabschied von Speier aus dem Jahre 1529 hat daher die Theilung nach Köpfen bestätigt und zur gemeinrechtlichen gemacht.[7]

3. Die halbbürtigen Geschwister und die Kinder halbbürtiger Geschwister bilden die dritte Klasse. Ihr Verhältniß ist dem der vollbürtigen Geschwister und der Kinder solcher entsprechend.[8]

4. Endlich succediren alle übrigen Seitenverwandte.

Der nähere Grad schließt den entfernteren aus. Verwandte gleichen Grades theilen nach Köpfen.

§ 133. Die successive Berufung.[1]

Es ist allgemein anerkannt, daß nach der Novelle 118 successive Berufung gilt, daß also, wenn der zunächst berufene Verwandte nicht Erbe wird, der folgende zu berufen ist. Allerdings ist dies nicht aus-

---

7) Reichsabschied von Speier 1529 § 31. Vgl. Stintzing, Ulrich Zasius S. 140 und derselbe: Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft Bd. 1 S. 167.

8) Früher wurde oft behauptet, daß dann, wenn Halbgeschwister oder Kinder solcher von väterlicher und von mütterlichen Seite existirten, das vom Vater stammende Vermögen an die väterlichen, das von der Mutter stammende an die mütterlichen Halbgeschwister falle und nur der Rest nach Köpfen zu vertheilen sei. Diese Ansicht stützte man vorzugsweise auf die l. 13 § 3 C. de legit. hered. 6, 58. Selbst wenn sie hierin begründet wäre, was nicht der Fall ist, wäre sie verwerflich. Denn die Novelle 118 hat die Verwandtenerbfolge selbständig regulirt und alle früheren Bestimmungen über sie aufgehoben. Bangerow Bd. 2 § 417 S. 61.

1) J. Merkel, die Lehre von der successio graduum unter Intestaterben 1876.

drücklich in der Novelle vorgeſchrieben, allein es entſpricht, wie der Zweckmäßigkeit und Billigkeit, ſo der hiſtoriſchen Entwickelung.

Denn das Princip der ſucceſſiven Berufung der Inteſtaterben, welches urſprünglich nur bei der bonorum possessio galt,[2] war ſchon vor der Novelle 118 auf civile Erbrechtsklaſſen übertragen worden.[3]

Hierüber iſt man einig; im einzelnen beſtehen bei dem Schweigen des Geſetzes über die ſucceſſive Berufung zahlreiche Streitfragen. Für ſie iſt die Grundfrage entſcheidend, ob man die ſucceſſive Berufung, ſo wie ſie ſich hiſtoriſch im älteren Erbrechte geſtaltet hatte, entſprechend auf die Erbrechtsklaſſen der Novelle zu übertragen ſucht, oder ob man ſie aus ihrem Principe heraus und im Geiſte der Novelle ſelbſtändig ausbildet.

Das letztere Beſtreben hat in der neueren Zeit immer mehr Anhänger gewonnen. Denn die Gegenanſicht verkennt die Kluft, welche das Erbrecht der Novelle von dem älteren Rechte ſcheidet.

Es iſt hiernach namentlich anzunehmen, daß die ſucceſſive Berufung *in allen Klaſſen* zunächſt *vom näheren zum entfernteren Grade* fortſchreitet und erſt *nach Erſchöpfung der Klaſſe* zur *folgenden Klaſſe* übergeht. Man pflegt dies successio graduum et ordinum zu nennen.

Manche leugnen die successio graduum für die *Deſcendentenklaſſe*.[4] Wenn alſo der zur Erbſchaft berufene Sohn des Erblaſſers nicht Erbe wird, ſoll die weitere Berufung nicht an deſſen Nachkommen ergehen, ſondern ſofort zu Aſcendenten oder Seitenverwandten fortſchreiten. Dieſe Anſicht ſtützt ſich namentlich darauf, daß in der entſprechenden Klaſſe des alten Rechtes „unde liberi“ successio graduum nicht beſtand.[5] Doch das hatte ſeine beſonderen hiſtoriſchen Gründe. Auf die Deſcendentenklaſſe der Novelle iſt es nicht zu übertragen.[6]

---

2) oben § 130 Anm. 9.

3) § 7 I. de successione legitima agnat. 3, 2.

4) Die Succeſſion in der Deſcendentenklaſſe hat in der neueren Zeit vorzugsweiſe Puchta, Pand. § 458 bekämpft, die der Kinder von Geſchwiſtern Büchel, Streitfragen S. 171. Vgl. dagegen Vangerow Bd. 2 § 420 S. 62 und die bei Arndts § 478 Anm. 2 citirten Schriftſteller.

5) Als „liberi“ galten eben nur diejenigen, die im Augenblicke der eröffneten Inteſtatſucceſſion sui des Erblaſſers waren oder ohne capitis deminutio minima geweſen wären. Nach der Begriffsbeſtimmung war eine ſucceſſive Delation in dieſer Klaſſe nicht möglich, vgl. l. 4 § 1 D. de bon. poss. contra tab. 37, 4, l. 34 C. de inofficioso test. 3, 28. Es iſt übrigens beſtritten, ob nicht ſchon durch die Stellung der l. 3 C unde liberi 6, 14 die successio ordinum durch Juſtinian auch in dieſer Klaſſe anerkannt war, vgl. Vangerow Bd. 2 § 407 S. 31.

6) Man kann ſich hierfür auf die Worte der Novelle 118 berufen cap. 1: si

Haltlos ist es auch, wenn manche ferner die successio graduum für Kinder von Geschwistern in der zweiten und dritten Klasse in Abrede stellen.[7]

§ 134. Akkrescenzrecht unter den Intestaterben.[1]

Unter mehreren zusammenberufenen Intestaterben besteht für den Fall, daß die Portion des einen der Mitberufenen frei wird, ein allgemeines Akkrescenzrecht.

Ein *specielles Akkrescenzrecht* haben die Verwandten, welche zusammen einen Stammtheil erben,[1] insbesondere die Enkel eines vorverstorbenen Kindes des Erblassers, sowie die Geschwisterkinder von einem vorverstorbenen Geschwister, wenn sie zusammen auf einen Stammtheil berufen sind, endlich auch Ascendenten, die einer Linie angehören, wenn nur Ascendenten verschiedener Linien berufen sind. Fällt also ein solcher Mitberufener weg, so wächst sein Theil denen zu, welche demselben Stamm oder derselben Linie angehören.

Eine sehr bestrittene Frage ist, ob bei dem Wegfallen einzelner von mehreren Berufenen unmittelbar *Akkrescenz* eintritt, oder zunächst *successive Delation* an diejenigen, welche von vornherein die Berufung erhalten hätten, wenn der weggefallene nicht da gewesen wäre.[2]

Nach altem Rechte kam es in derartigen Fällen zweifellos zur Akkrescenz.[3] Aber auch bezüglich dieser Frage kann das alte Recht nicht mehr maßgebend sein. Die successive Berufung auf den ausfallenden Theil entspricht vielmehr den Absichten der Novelle und der Billigkeit in höherem Grade.

Akkrescenz tritt daher nur ein, wenn der Fall einer successiven Delation nicht gegeben ist, oder wenn auch die successiv Berufenen die ihnen angetragene Portion nicht erwerben.[4]

---

quis igitur descendentium fuerit ei, qui intestatus moritur... omnibus ascendentibus et ex latere cognatis praeponatur.

7) Der Hauptgrund der Gegner sind die oben § 132 Anm. 5 citirten Worte der Novelle.

1) l. 12 pr. D. de bon. poss. contra tab. 37, 4, l. 1 § 12 D. de conjungendis cum emancipato liberis 37, 8, l. 5 § 2 D. si tab. test. 38, 6.

2) Für Akkrescenzrecht und gegen successive Delation hat sich namentlich Bangerow Bd. 2 § 420 S. 64 erklärt. In neuerer Zeit haben sich die Stimmen für den Vorzug der partiellen Succession sehr gemehrt. Hierfür sind Franke, Beiträge n. 8; Fitting im Archiv für civ. Praxis Bd. 57 S. 160; Leonhard, Versuch über den Vorzug der successio graduum vor dem Akkrescenzrechte 1874; Kohler, Archiv für civ. Praxis Bd. 59 n. 4 S. 87; Hofmann, krit. Studien S. 65; Windscheid Bd. 3 § 573 Anm. 5.

3) § 9 I. de bon. poss. 3, 9.

4) Die Frage ist namentlich in folgenden Fällen von Wichtigkeit: a) Es ist

Für den Fall der Akkrescenz, wie für den einer successiven Berufung ist die Frage wichtig, ob der *Antheil der Mitberufenen* nach dem Augenblicke der *Berufung* oder nach dem Zeitpunkte des *Erwerbes* zu bemessen ist.

Das erste ist das richtige. Denn die *Berufung* giebt den Berufenen ein *Anrecht auf den Erwerb eines bestimmten Theiles*.

§ 135. Der Verwandtschaftsbegriff.

Wer als Descendent, Ascendent oder Kollaterale im Sinne der Novelle anzusehen ist, dies bestimmt sie selbst nicht näher. Auch hierfür sind in Zweifelfällen an erster Stelle die Grundgedanken der Novelle, in zweiter die allgemeinen Principien maßgebend.

1. Als verwandt — Kognat — betrachtete das altrömische und das Pandektenrecht nur solche Personen, welche im Augenblicke des *Todes des Erblassers bereits existirten, mindestens im Mutterleibe waren*.[1]

Gilt dies auch im Sinne der Novelle? Dies ist herrschende Ansicht, jedoch mit Unrecht.[2]

Denn die Novelle will, daß die Berufung an die „Descendenten" des Erblassers stets vor der Berufung an Ascendenten und Kollateralen geschehe. Um dieser Intention gerecht zu werden, müssen wir einen *erweiterten Verwandtschaftsbegriff* zu Grunde legen, wonach auch *Descendenten, die nach dem Tode des Erblassers koncipirt werden, als mit ihm verwandt anzusehen sind*.[3]

---

mehreren Söhnen des Erblassers deferirt, ein Sohn verstirbt vor dem Erwerbe der Erbschaft oder schlägt diese aus, die anderen Söhne treten an. Kommt nun die freiwerbende Portion jenes Sohnes seinen Kindern, den Enkeln des Erblassers zu, oder akkrescirt sie den mitberufenen Geschwistern des Sohnes? b) Der Erblasser verstirbt mit Hinterlassung eines Bruders, seines Vaters und eines Großvaters. Der Vater wird mit dem Bruder berufen, stirbt aber vor dem Erwerb. Akkrescirt nun sein Theil dem Bruder des Erblassers, oder wird derselbe weiter dem Großvater deferirt, welcher mit dem Bruder berufen worden wäre, wenn der Vater bereits vor dem Erblasser verstorben wäre? c) Einem Bruder des Erblassers und einem Kinde eines verstorbenen Bruders ist deferirt. Der Bruder stirbt vor dem Antritt mit Hinterlassung von Kindern. Wird seine Portion dessen Kindern deferirt, oder fällt sie durch Akkrescenz an das Geschwisterkind des Erblassers, welches von vornherein mitberufen war?

1) § 8 I. de hered. quae ab intestato 3, 1, l. 6 pr. D. de injusto 28, 3, l. 6, l. 7, l. 8 pr. D. de suis et legitimis 38, 16, l. 1 § 8 D. unde cognati 38, 8.

2) Die herrschende Ansicht vertreten unter u. a. Vangerow Bd. 2 § 411 S. 39, Arndts § 474 Anm. 6, Windscheid Bd. 3 § 571 Anm. 2, Brinz Bd. 3 S. 128. Die entgegengesetzte vertheidigt Löbenstern in Lindes Zeitschrift Bd. 9 S. 215 und im wesentlichen Schirmer, Erbrecht S. 189 Anm. 157.

3) Denken wir, der Erblasser hat seinen einzigen Sohn mit gutem Grunde ent-

2. Eheliche Kinder sind verwandt mit Vater und Mutter und allen Verwandten derselben.

Dies gilt auch für die durch nachfolgende Ehe oder Reskript legitimirten.[4]

Ebenso für die in einer Putativehe erzeugten.[5]

Eine verbreitete Praxis gab früher den Brautkindern gleichfalls die Rechtsstellung der ehelichen. Die Praxis des R.G. hat sich aber hiergegen erklärt, womit die Frage erledigt ist.[6]

Uneheliche Kinder gelten im Sinne der Novelle nur als verwandt mit der Mutter und deren Verwandten, nicht aber mit ihrem Erzeuger und dessen Verwandten.[7 8] Dies ist auch dann der Fall, wenn sie der Erzeuger anerkannt hat.

3. Was die Adoption anlangt, so ist die vollkommene, welcher die Arrogation gleichsteht, und die unvollkommene zu unterscheiden.

a) Die vollkommene begründet nach gemeinem Rechte ein Kindesverhältniß zwischen dem Adoptirenden und dem Adoptirten und

---

erbt und den B. zum Erben eingesetzt. Der letztere schlägt nach einiger Zeit aus. Inzwischen hat der exheredirte Sohn sich verheirathet und ein Kind gewonnen und ist verstorben. Es erhebt sich jetzt ein Erbschaftsstreit zwischen diesem Kinde und einem entfernten Vetter des Erblassers. Der Enkel des Erblassers kann für sich anführen, daß nach dem Wortlaut der Novelle „Descendenten" allen andern Verwandten vorzuziehen sind. Aber auch die natürliche Billigkeit steht ihm zur Seite. Das Pandektenrecht spricht allerdings gegen ihn, doch die Novelle erklärt ausdrücklich, daß die älteren einschlagenden Gesetze aufgehoben seien. Es ist nicht anzunehmen, daß ein deutsches Gericht bei dieser Lage des Rechtes dem Kollateralen einen Vorzug vor dem Descendenten des Erblassers geben würde. Vgl. Seuffert, Archiv Bd. 8 n. 63. Man muß aber Anstand nehmen, zu lehren, was als Richter anzuwenden man sich kaum entschließen würde. Daß sich die Römer durch die Unterstellung der unmittelbaren Successsion des Erben nicht gehindert fühlten, auch Erben zu berufen, die erst nach dem Tode des Erblassers zur Existenz kamen, darüber vgl. oben Bd. 3 § 59 Anm. 8.

4) Oben Bd. 3 § 29.

5) Oben Bd. 3 § 28 Anm. 11. Der Vater, welcher wußte, daß die Ehe nichtig sei, hat kein Erbrecht gegen das Kind.

6) Für das Erbrecht der Brautkinder vgl. namentlich Schirmer a. a. O. S. 215. Ueber dasselbe sind Theorie und Praxis seit lange im Zwiespalt, siehe die bei R.G. Bd. 5 S. 170 citirten.

7) Das ist ohne Zweifel die Meinung der Novelle, die mit dem alten Rechte übereinstimmt. l. 2, l. 4, l. 8 D. unde cognati 38, 8.

8) Manche behaupten, daß die ex damnato coitu Entspringenden — aus Ehebruch, Bigamie oder Incest — mit der Mutter und ihren Verwandten gegenseitiges Erbrecht nicht haben, vgl. Schirmer S. 224. In der That bestimmte dies für incestuose Kinder die l. 6 C. de incestis 5, 5. Das ist aber durch die Aenderung der Gesetzgebung über die Incestuosen in der nov. 12 beseitigt, vgl. insbesondere die praefatio. Friedrich Zimmermann im Archiv für prakt. Rechtswissenschaft Bd. 13 n. F. S. 333.

dessen Nachkommen. Zwischen diesen Personen findet sich daher Intestat- und Pflichttheilsrecht.[9]

Aber auch gegenüber seinem *natürlichen Vater* bleibt der Adoptirte nebst seinen Nachkommen in dem natürlichen Verwandtschaftsverhältnisse.

Daher beerbt das Adoptivkind als Descendent sowohl seinen Adoptivvater wie seinen natürlichen Vater.

Und folgerecht wird ein solches Kind umgekehrt sowohl von seinem natürlichen Vater als von seinem Adoptivvater beerbt. Diese müssen sich also in die dem „Vater" zufallende Portion theilen.

Man hat eingewendet, es könne niemand zwei Väter haben. Daher wollen einige den *natürlichen Vater* zwar als Verwandten anerkennen, aber nicht als Vater, so daß er in der vierten Klasse als *Kollaterale* erben soll.[10] Das ist offenbar eine verfehlte Idee.

Das Adoptivkind hat eben zwei Väter, einen natürlichen und einen Adoptivvater; den natürlichen Vater zu einem Seitenverwandten seines Kindes zu stempeln, kann keiner juristischen Kunst gelingen.

b) Der *unvollkommen Adoptirte* gilt als Kind seines leiblichen Vaters, beerbt ihn und seine natürlichen Verwandten, und wird von diesen beerbt. Die Adoption hat, wie Justinian ausdrücklich bestimmt, nur die Wirkung, daß er ein Intestaterbrecht — nicht ein Pflichttheilsrecht — gegen seinen Adoptivvater erlangt.[11]

c) Die Folgen der Adoption durch eine Frau entsprechen denen der vollkommenen Adoption, wie sie sich im heutigen Rechte gestaltet haben.[12]

4) Ist jemand *mehrfach* mit dem Erblasser *verwandt*, so kann er doch nur *einen* Erbtheil in Anspruch nehmen, wenn die Theilung nach *Köpfen* geschieht. Dagegen erhält er *mehrere* Theile,

---

9) Vgl. oben Bd. 3 § 30 S. 58. Das Reichsgericht hat deutscher Gewohnheit entsprechend entschieden, daß der vollkommen Adoptirte und seine Nachkömmlinge *ohne Rücksicht auf Gewalt*, ein Intestaterbrecht gegen den Adoptirenden haben und zwar insbesondere auch die Kinder der adoptirten Tochter. Fenner und Mecke Bd. 3 S. 219.

10) Das Kindeserbrecht zwischen dem plene adoptatus und seinem natürlichen Vater leugnen namentlich Löhr, Magazin Bd. 3 S. 397; Puchta, Pand. § 454; Mühlenbruch bei Glück Bd. 35 S. 173. Nur die beiden ersten behaupten, daß der Arrogirte und vollkommen Adoptirte seinen leiblichen Vater in der vierten Klasse beerbe und entsprechend von ihm beerbt werde, Mühlenbruch verneint jedes Erbrecht zwischen diesen Personen. Das ist konsequent, aber höchst unbefriedigend. Vgl. dagegen Vangerow Bd. 2 § 412 S. 43.

11) l. 10 C. de adoptionibus 8, 47.

12) l. 5 C. eod. 8, 47.

falls nach Stämmen getheilt wird, sofern er verschiedenen Stämmen angehört.[13]

§ 136. B. Ordentliches Erbrecht des überlebenden Ehegatten.

Dem überlebenden Ehegatten gab der Prätor nach der Klasse der Kognaten die bonorum possessio „unde vir et uxor".[1]

Hieraus wurde in der deutschen Praxis ein ordentliches Erbrecht des überlebenden Ehegatten, welches dem der Verwandten nachfolgt.[2]

Es setzt voraus, daß kein Verwandter des Erblassers existirt, oder daß doch keiner die Erbschaft erwerben will.

Die Ehe muß gültig sein. Die Ehegatten dürfen sich auch nicht thatsächlich dauernd von einander getrennt haben.[3]

§ 137. C. Außerordentliche Erbrechte.

1. Die arme Wittwe erhielt durch Justinian ein außerordentliches Erbrecht auf die Quart des Vermögens ihres verstorbenen wohlhabenden Gatten. Wie sie im Falle der Scheidung durch Schuld des Mannes gegen Elend durch die Scheidungsstrafe geschützt ist, so soll sie es im Falle des Todes des Mannes durch das Erbrecht sein.[1]

a) Arm und wohlhabend sind relative Begriffe. Je nach der socialen Stellung ist derselbe Vermögensbetrag bei dem einen beneideter Wohlstand und bei einem anderen entsetzliche Dürftigkeit. Die Wohl-

---

13) Es folgt dies aus dem Wesen der Theilung nach Köpfen und nach Stämmen. Gesetzliche Normirungen bestehen nicht.

1) Tit. Dig. unde vir et uxor 38, 11, Cod. 6, 18.

2) Bis zur Novelle 118 gingen zwar die Agnaten dem überlebenden Ehegatten unbeschränkt vor, dagegen die Kognaten nur bis zum 6. Grade, ausnahmsweise noch bis zum 7. Grade. Vgl. oben Bd. 3 § 130 Anm. 8. Die Folge der Novelle 118 war aber, daß der entfernteste Kognat den überlebenden Ehegatten ausschließt. Es hat nicht an Romanisten gefehlt, welche dies ganz in der Ordnung fanden. Gegenüber der deutschen Ehe aber, welche in der That regelmäßig eine dauernde Verbindung von Mann und Frau ist, die zusammen leben, arbeiten, sparen, ist diese Zurücksetzung des überlebenden Ehegatten höchst unangemessen. Die meisten deutschen Partikularrechte geben daher dem überlebenden Ehegatten weit günstigere Erbrechte.

3) l. 1 § 1 D. h. t. 38, 11.

1) Nov. 53 cap. 6, nov. 117 cap. 5, Vangerow Bd. 2 § 488 S. 303. Dort siehe die ältere Litteratur. Dazu Petri, das Pflichttheilsrecht der armen Wittwe, Inauguraldissertation Straßburg 1874 und von Kerstorf in der Zeitschrift des Anwaltvereins für Bayern XVI n. 21—23 1876. — Ueber die Ehescheidungsstrafe vgl. oben Bd. 3 § 26.

habenheit ist daher im gegebenen Falle nach den persönlichen und Standesverhältnissen zu beurtheilen.[2]

b) Dies Erbrecht wurde für die „undotirte" Wittwe geschaffen, da Justinian unterstellte, daß die dotirte in der Dos ihre Subsistenz habe. Ist jedoch die Dos so gering, daß dies nicht der Fall ist, so muß nach den Intentionen, von denen das Gesetz ausgeht, dies Erbrecht gleichfalls eintreten.[3]

c) Bestehen der Ehe bis zum Tode des Mannes und thatsächliches Zusammenleben bis zum Tode ist Voraussetzung.

d) Die Wittwe hat Recht auf ein Viertel des Nachlasses, jedoch nur bis zu 100 Pfund Gold. Konkurrirt sie mit mehr als 3 Kindern oder Kindesstämmen, so erhält sie nur einen Kopftheil. Sind die Kinder, welche mit ihr erben, zugleich ihre eigenen, so ist sie auf den Nießbrauch der auf sie entfallenden Portion beschränkt.

d) Viele gestehen der Wittwe nur einen „gesetzlichen Vermächtnißanspruch" zu.[4] Dies um deswillen, weil ihr Erbanspruch nach Analogie der Scheidungsstrafe geschaffen wurde und hiernach behandelt werden soll. Doch dies bezieht sich nicht auf die juristische Form dieses Erbrechtes. Denn die Wittwe wird vom Gesetze als „Miterbin" bezeichnet, und um deswillen für die Erbschaftsschulden mitverhaftet.[5]

e) Das Erbtheil der armen Wittwe ist unentziehbar — ein Notherbenrecht.

2. Justinian gab den Konkubinenkindern zusammen mit ihrer Mutter, die einen Kopftheil erhielt, ein Erbrecht auf ein Sechstel des Vermögens ihres Erzeugers, wenn dieser weder eheliche Kinder noch eine Ehefrau hinterließ.[6]

Alte Praxis gewährte dies Erbrecht allen anerkannten unehelichen Kindern. Das R.G. erachtet aber hierdurch ein allgemeines Gewohnheitsrecht nicht begründet.[7]

---

2) R.G. Bd. 16 S. 153.

3) So auch Windscheid Bd. 3 § 574 Anm. 5. Siehe dort die Dissentienten.

4) Dagegen, daß die Wittwe die ihr gebührende Quote als Erbin erhalte, hat sich namentlich Bangerow erklärt Bd. 2 § 488. Ihm folgen die neueren überwiegend. Vgl. dagegen Schröder, Notherbenrecht Bd. 1 S. 284 und dort citirte.

5) Nov. 53 cap. 6 § 1 ... „subjacere hujusmodi rebus viri creditoribus nullo modo valentibus, nisi forte secundum quod in illius jure ex hac lege heres exstiterit — *συγκληρονομεῖ*. Natürlich ist die Wittwe aber nicht Miterbin, wenn sie mit ihren eigenen Kindern konkurrirt und in Folge dessen bloß den Nießbrauch ihrer Quart erhält.

6) Nov. 18 cap. 5, nov. 89 cap. 12.

7) R.G. Bd. 12 S. 227. Dort sind Präjudicien für und gegen zusammengestellt.

3. Der arrogirte Unmündige hat, falls ihn der Adoptivvater ohne genügenden Grund aus der Gewalt entläßt, einen persönlichen Anspruch auf ein Viertheil des Nachlasses des Adoptivvaters,[8] wenn dieser vor der Mündigkeit des früheren Adoptivkindes stirbt.[9]

Diese s. g. quarta divi Pii bildet zwar kein Erbrecht, kann aber mittels einer actio familiae erciscundae als gesetzliches Vermächtniß eingeklagt werden.[10]

§ 138. D. Das Recht des Fiskus und juristischer Personen auf vakante Erbschaften.

1. Durch die lex Papia Poppaea unter Augustus erhielt die Staatskasse — der Fiskus — ein Successionsrecht in vakante Erbschaften, d. h. in solche, die weder einen Testaments-, noch einen Intestaterben fanden.[1]

Der Zweck des Gesetzes war vornehmlich, dem Staate eine Einnahmequelle zu eröffnen. Daher galten folgende Sätze:

a) Der Fiskus hat die Schulden des Erblassers nur bis zum Belaufe der Erbschaftsaktiven zu berichtigen.[2] Dies also auch, wenn er nicht rechtzeitig ein gehöriges Inventar errichtet hat.

b) Verkauft der Fiskus die Erbschaft als Ganzes, so liegen dem Käufer die Erbschaftsschulden ob, der Fiskus seinerseits wird durch den Verkauf frei.[3]

Das Recht des Fiskus ferner galt als ein außerordentliches. Um deswillen bestimmte man:

a) daß der Fiskus die in einem destituten Testamente des Erb-

---

8) Quarta divi Pii oben Bd. 3 § 30 Anm. 7. § 3 I. de adopt. l. 11, l. 22 pr. D. de adoptionibus 1, 7, l. 2 pr. C. eod. 8, 47. Schröder, Notherbenrecht Bd. 1 S. 552.

9) Vangerow Bd. 1 § 252 Anm. 3 S. 470.

10) l. 2 § 1 D. fam. erc. 10, 2, l. 1 § 21 D. de coll. bon. 37, 6, l. 8 § 15 D. de inofficioso test. 5, 2. Einen anderen Fall, in welchem ein Nichterbe etwas aus der Masse mit dem fam. erc. judicium utile herausnimmt, siehe in l. 1 § 9 D. de dote praeleg. 33, 4.

1) Gajus Inst. II § 150, Ulpian. fragm. XXVIII § 7 Tit. Cod. de bonis vacantibus 10, 10. Die Litteratur siehe bei Danz, Geschichte des römischen Rechtes 2. Aufl. Bd. 2 § 184; siehe ferner Keller, Institutionen S. 275, Pernice, Labeo Bd. 1 S. 348.

2) l. 1 § 1, l. 11 D. de jure fisci 49, 14. R.G. Bd. 7 S. 152.

3) l. 1 C. de her. vel act. vend. 4, 39, l. 54 D. her. pet. 5, 3, l. 41 D. de jure fisci 49, 14.

lassers angeordneten Vermächtnisse auch dann zu entrichten habe, wenn eine Kodicillarklausel nicht zugefügt ist;[4]

b) eine kurze Verjährung des Anspruches binnen 4 Jahren von dem Augenblicke an gerechnet, in welchem es objektiv feststeht, daß die Erbschaft vakant ist.[5]

Manche Schriftsteller wollten diese Eigenthümlichkeiten dadurch erklären, daß sie den Fiskus als privilegirten Okkupanten des Nachlasses, und nicht als Universalsuccessor des Erblassers auffaßten. Hierin fand man namentlich den Grund der beschränkten Haftung des Fiskus für die Erbschaftsschulden. Doch die Idee eines privilegirten Okkupationsrechtes ist zwar dem deutschen Rechte geläufig, den Römern aber ganz fremd.

Vielmehr ist der Fiskus in der That Universalsuccessor des Erblassers,[6] so daß er eine besondere Art von Erbrecht hat.[7]

Er erwirbt dasselbe nicht von selbst, sondern nur dadurch, daß er es in Anspruch nimmt.[8]

2. Gewisse juristische Personen gehen in Folge besonderen Privilegs dem Fiskus vor:

a) Kirchen haben das Vorrecht auf den vakanten Nachlaß der bei ihnen angestellten Geistlichen;[9]

b) dasselbe Recht hat das Regiment bezüglich seiner Soldaten;[10]

c) gewohnheitsrechtlich steht den Armen- und Verpflegungsanstalten

---

4) l. 96 § 1 D. de legatis I, l. 2 § 1 D. de alimentis leg. 34, 1, l. 14 D. de jure fisci 49, 14.

5) l. 10 D. de temp. praescr. 44, 3, l. 1 § 2 D. de jure fisci 49, 14. In Rom wurde die Verjährung durch die Delation seitens eines Angebers beim Fiskus unterbrochen, welcher die Einziehung betrieb. Das heutige Verfahren ist ein anderes. Die Unterbrechung geschieht derzeit durch Erhebung der Klage gegen die Okkupanten.

6) Die Okkupationstheorie vertheidigte Blume im rhein. Museum für Jurisprudenz Bd. 4 n. 6 S. 212. Dagegen siehe Vangerow Bd. 2 § 564. Von der Beantwortung hängt namentlich die Entscheidung der Frage ab, welcher Fiskus die erbloſen Güter zu beanspruchen hat, wenn der Nachlaß in verschiedenen Territorien liegt. Die Anhänger der Okkupationstheorie geben den verschiedenen Staatskassen der belegenen Sachen das Okkupationsrecht, die Vertheidiger der Universalsuccession schreiben dem Fiskus des letzten Wohnortes des Verstorbenen das Recht auf den Gesammtnachlaß zu.

7) Die Klage des Fiskus hat den Charakter einer hereditatis petitio. l. 20 §§ 6 und 7 D. de her. pet. 5, 3. Vgl. auch Ulpian. fragm. tit. XXVIII § 7.

8) Der Fiskus erwirbt nicht ohne seinen Willen. Zwar scheint hierauf l. 1 § 1 D. de jure fisci 49, 14 zu deuten, vgl. aber Dernburg, Kompensation S. 317 Anm 2. Erfordert wird die vindicatio seitens des Fiskus — vgl. l. 50 D. pr. D. de manumissis testamento 40, 4 — d. h. die Inanspruchnahme durch Besitzergreifung oder Klage.

9) l. 20 C. de episcopis 1, 3, nov. 131 cap. 13.

10) l. 2 C. de hereditatibus decurionum 6, 62.

ein Erbrecht an dem vakanten Nachlaß, der von ihnen verpflegten Personen zu.[11] [12]

Drittes Kapitel.

Die Kollation.

§ 139. Die Grundgedanken der Kollation.[1]

Die Kollation entwickelte sich bei der Intestaterbfolge der Descendenten, und ist grundsätzlich eine Ergänzung dieser Intestaterbfolge geblieben.

Allerdings ist sie im späteren Rechte auch für den Fall vorgeschrieben, daß der Erblasser seine Descendenten, die seine nächsten Intestaterben wären, testamentarisch zu Erben einsetzt. Doch dies entspringt nur der Vermuthung, daß der Erblasser seine Descendenten so halten wollte, wie wenn sie Intestaterben geworden wären. Hierin liegt also nur etwas abgeleitetes.

Die Intestatsuccession der Descendenten bezweckt deren gleiche Behandlung. Um deswillen wird der Nachlaß der Ascendenten unter seine Kinder, beziehungsweise die Kindesstämme gleich getheilt. Aber damit allein ist die Gleichheit unter den Kindern nicht ausreichend durchgeführt. Dies geschieht erst durch die Kollation.

a) Die *ältere Kollation* hatte ihren Grund in der Verschiedenheit der *Erwerbsfähigkeit* der Descendenten während des Lebens des pater familias.

Sie hing auf das engste mit der alten Familienverfassung zusammen, wonach alles, was die Hauskinder erwarben, dem Hausvater gehörte, während die aus dem Hause herausgetretenen Kinder für sich erwarben.

b) Die *neuere Kollation* bezweckt Ausgleichung wegen *Vorempfanges* von dem gemeinsamen Erblasser.

---

11) Glück, Intestaterbfolge S. 761 ff.

12) In Folge Privilegiums konnten in Rom auch Stadtgemeinden das Recht auf den vakanten Nachlaß ihrer Bürger haben. Diokletian hob dies auf. l. 1 C. h. t. 10, 10. Partikularrechtlich besitzen aber in Deutschland die Städte häufig dieses Recht, worin ein Nachklang ihrer alten Gerichtsbarkeit liegt.

1) Die Hauptwerke sind von Fein, das Recht der Kollation 1842 und von Leist bei Glück, Serie der Bücher 37 und 38 Bd. 3 S. 201 ff. Dort siehe die Litteratur. Dazu Kohler, Abhandlungen I n. 6 „Die römisch-rechtlichen Grundlagen der Kollation".

Oft erhalten nämlich einzelne Descendenten in Fällen des Bedürfnisses, z. B. bei ihrer Verheirathung, von ihren Ascendenten Zuwendungen, welche anderen Descendenten nur deswegen nicht zu Theil wurden, weil das gleiche Bedürfniß bezüglich ihrer bei Lebzeiten des Erblassers noch nicht eingetreten war. Die hierdurch entstehende Ungleichheit soll die neuere Kollation aufheben.

§ 140. Die ältere Kollation.[1]

1. Die ursprüngliche Art der Kollation war die der Emancipirten. Danach mußten die emancipirten Kinder des Erblassers, was sie zur Zeit des Todes ihres Vaters im Vermögen hatten, mit den sui ihres Vaters theilen, wenn sie neben ihnen erbten.

Diese Kollation entsprang dem prätorischen Edikte. Als nämlich der Prätor neben den sui, welchen nach Civilrecht die Intestaterbschaft ihres Hausvaters allein zustand, dessen emancipirte Kinder mittels bonorum possessio in den Nachlaß berief,[2] empfanden dies die sui als Verletzung ihres durch die 12 Tafeln verbrieften exklusiven Rechtes. Hierfür sollte ihnen eine Entschädigung mittels der Kollation zu Theil werden, welche ihnen die Emancipirten leisten mußten.[3]

Diese Kollationspflicht hatte aber auch einen tieferen Grund. Nach der alten Familienverfassung gehörte alles, was der suus bei Lebzeiten des Vaters erwarb, dem Vater, fand sich also regelrecht in dessen Nachlaß. Daher nahm der Emancipirte von diesem Erwerbe einen Theil, wenn er den Vater mitbeerbte.[4] Es war nur folgerecht, daß dann auch seinerseits der Emancipirte dem suus Theil an dem gönnte, was er selbst bis zum Tode des Vaters erworben hatte, und was sich in dem Nachlasse hätte finden müssen, wenn er in der Gewalt geblieben wäre.

Deshalb befahl der Prätor den Emancipirten, welche die bonorum possessio agnoscirten, Kaution zu Gunsten der sui, welche durch

---

1) Tit. Dig. de collatione bonorum 37, 6, de dotis collatione 37, 7, Tit. Cod. de collationibus 6, 20.

2) Dies durch bon. poss. contra tabulas, vgl. unten § 144 und unde liberi. l. 1 pr. D. h. t. 37, 6.

3) l. 10 D. h. t. 37, 6, l. 1 § 13 D. de conj. cum emanc. 37, 8, Schmidt in Bekkers Jahrb. Bd. 4 S. 114.

4) Coll. leg. Mos. et rom. XVI, 7.

ſie verkürzt wurden, mittels deren ſie Kollation ihres Vermögens, wie auch deſſen, was ſie ihm dolos entfremdet hatten, verſprachen.[5][6]

Dieſe Kautionsleiſtung an die sui war nicht Bedingung der bonorum possessio der Emancipirten, denn deren Ertheilung durfte keinen Aufſchub erfahren,[7][8] und die sui waren nicht immer zur Hand. Aber ſie war eine an ſie geknüpfte Auflage, alſo daß im Falle des Ungehorſams des Emancipirten Verweigerung der Erbſchaftsklagen und Ueberweiſung ſeiner Erbportion an die Miterben eintrat.[9]

Mit der alten Familienverfaſſung mußte die Kollation der Emancipirten dahinſchwinden.

Denn dieſe Kollation betraf Vermögenstheile nicht, welche der Emancipirte für ſich erworben hätte, wenn er Hauskind geblieben wäre.[10] Da nun im jüngſten Rechte das Hauskind alles für ſich erwirbt, was nicht vom Vater herkommt, ſo hatte der Emancipirte ſchließlich nur zu konferiren, was er von ſeinem Vater hatte.[11]

Aber auch der letzte Reſt dieſer Kollation verlor ſich, als die Novelle 118 die bonorum possessio unde liberi verdrängte. Denn

---

5) Lenel, edictum S. 275 denkt ſich — im weſentlichen unzweifelhaft richtig — die Faſſung des Ediktes ſo: Inter eos, quibus ita bonorum possessio data erit, ita collationem fieri jubebo, ut hi, qui in potestate morientis non fuerint, his, qui in potestate morientis fuerint, recte caveant, se quidquid moriente patre in bonis habuerint dolove malo fecerint, quominus haberent, boni viri arbitratu collaturos esse.

6) Die Emancipirten hatten nur den sui zu konferiren. In Folge deſſen kam es zu einer ungleichen Behandlung der Kinder, wenn mehrere Emancipirte vorhanden waren, welche zu konferiren hatten, l. 1 § 24 D. h. t. 37, 6. Ulpianus libro 40 ad edictum: Portiones collationum ita erunt faciendae: ut puta duo sunt filii in potestate, unus emancipatus habens trecenta: ducenta fratribus confert, sibi centum: facit enim iis partem, quamvis is sit, cui conferri non solet. quod si duo sint filii emancipati habentes trecena et duo in potestate, aeque dicendum est singulos singulis, qui sunt in potestate, centena conferre, centena retinere, sed ipsos invicem nihil conferre. dotis quoque collatio in eundem modum fiet, ut quicumque confert, etiam suam personam numeret in partibus faciendis. — Den suis wird nur konferirt, wenn ihnen durch die Dazwiſchenkunft der emancipati ein Nachtheil entſteht, l. 1 § 5 D. h. t. 37, 6.

7) l. 3 pr. D. h. t. 37. 6.

8) Verlangte das Edikt gleich „cautio“, ſo genügte doch auch unmittelbare Theilung des Vermögens des Emancipirten, ja daß ſich die Emancipirten bereit erklärten, ſo viel von der väterlichen Erbſchaft weniger zu empfangen, als der suus bei der Kollation zu beanſpruchen hat, l. 1 §§ 11 und 12 D. h. t. 37, 6.

9) l. 1 § 10, § 13 D. h. t. 37, 6, l. 2 § 9 D. eod.

10) l. 1 § 15 D. h. t. 37, 6.

11) l. 21 C. h. t. 6, 20. Daß der Emancipirte auch die beim Tode ſeines Vaters bei ihm noch vorhandenen Revenuen ſeines Vermögens zu konferiren hatte, welches ohne die Emancipation adventicium geworden wäre und im väterlichen Nießbrauche geſtanden hätte, iſt in den römiſchen Quellen nicht bezeugt, wenn es auch die ſpäteren Byzantiner annahmen. Dangerow a. a. O. S. 385.

die Agnoscirung der bonorum possessio war ihre Voraussetzung gewesen.

2. Die Kollation der Dos durch die Haustochter schloß sich an die der Emancipirten an.

Die Haustochter hatte allerdings ein civiles Erbrecht neben den anderen Hauskindern, ohne daß an sich ihre Ausstattung mit einer Dos in Betracht kam.

Aber auch sie hatte — ähnlich wie Emancipirte — in ihrer Dos ein Sondervermögen, welches nicht in den Nachlaß des Vaters fiel.[12]

Daher forderte der Prätor von ihr deren Kollation, wenn sie die bonorum possessio agnoscirte, und zwar keineswegs bloß der dos profecticia, sondern nicht minder der adventicia. Denn nicht das war entscheidend, daß die Tochter etwas vom Vater im voraus empfangen hatte, sondern daß sie ein Sondervermögen hatte, welches nicht zum väterlichen Nachlasse gehörte.

Seit Pius hatte die sua auch dann zu konferiren, wenn sie keine bonorum possessio agnoscirte, sondern bloß als Civilerbin auftrat.[13]

Im späteren klassischen Rechte sollte sie selbst den emancipirten Geschwistern konferiren, jedoch nur die profecticia, also die vom Hausvater stammende Dos.[14]

Das war das erste Aufblitzen eines neuen Gedankens, der später zur allgemeinen Geltung kam.

§ 141. Die neuere Kollation.

Die neuere Kollation ist die Ausgleichung wegen Zuwendungen, welche ein Ascendent, den seine Descendenten gemeinsam beerben, einzelnen von ihnen unter Lebenden gemacht hat.

Ihren Grund legte Kaiser Leo im Jahre 472 durch die Vorschrift, daß die von einem Ascendenten einem Descendenten gewährte dos und propter nuptias donatio bei der Vertheilung seines Nachlasses den übrigen Descendenten zu konferiren sei, welche gemeinsam mit dem Ausgestatteten ab intestato erben.[1] Justinian hat das Institut fortgebildet.[2] Seinen Abschluß erhielt es durch die gemeinrechtliche Praxis.

12) Vgl. oben Bd. 3 § 19.
13) l. 1 pr. D. h. t. 37, 7.
14) l. 4 C. h. t. 6, 20.
1) l. 17 C. h. t. 6, 20.
2) l. 19, l. 20 C. h. t. 6, 20, nov. 18 cap. 6.

Die neuere Kollation hat sich aus der älteren, insbesondere der c. dotis entwickelt, welche selbst Nachbildung der c. emancipatorum war. Aber es liegt in ihr ein selbständiges, von dem der älteren Kollationsarten wesentlich verschiedenes Princip. Dasselbe muß für seine einzelnen Rechtssätze vorzugsweise maßgebend sein. Da viele neuere dies nicht ausreichend berücksichtigen, und sich vor allem an die Analogien der älteren Kollationsarten halten,[3] gerathen sie vielfach auf Irrwege und zu falschen Resultaten.

1. Früher lehrte man, daß grundsätzlich *jede Zuwendung* des Erblassers zu konferiren sei, so daß man hiervon nur bestimmte Ausnahmen anerkannte. Das ist längst verlassener Irrthum.[4]

Gegenstand der Kollation sind nur folgende Zuwendungen:

a) Nach römischem Rechte die dos, propter nuptias donatio und die militia,[5] d. h. die käufliche nutzbare Beamtung, mit welchen der Erblasser seine Descendenten ausgestattet hatte.

Nach deutscher Praxis ist die *Ausstattung des Kindes* zu konferiren, d. h. das ihm vom Ascendenten bei Begründung seiner wirthschaftlichen Selbständigkeit behufs derselben gegebene Vermögen, insbesondere also das bei Verheirathung des Kindes und bei der Etablirung eines Geschäftes durch das Kind gewährte.[6]

b) *Schenkungen unter Lebenden* sind zu konferiren, einmal, wenn der Erblasser ihre Kollation oder wenigstens ihre Einrechnung in das Pflichttheil *vorschrieb*, ferner aber auch, wenn der Beschenkte keine Ausstattung erhalten hat, und ihm ein anderer Descendent, welcher nicht gleichfalls beschenkt wurde, konferiren muß.[7]

Der Erblasser kann auch die Kollation von solchen liberalen Zuwendungen anordnen, die eigentliche Schenkungen nicht sind.

c) Nach der jetzt herrschenden Ansicht soll bei der neueren Kollation, entsprechend der alten, nur zu konferiren sein, was der Kollationspflichtige *zur Zeit des Todes des Erblassers vom Kon-*

---

3) Fein a. a. O. S. 289, Leist a. a. O. S. 290 und 444, Windscheid Bd. 3 § 610 Anm. 1 legen das Hauptgewicht auf die Kontinuität der Institute, ohne jedoch völlig mit einander übereinzustimmen.

4) Francke, Grundzüge d. L. v. d. Kollation civ. Abhandl. n. 4.

5) l. 17 C. h. t. 6, 20, l. 20 § 3 C. eod.

6) Dogmengeschichtliche Nachweise siehe bei Leist a. a. O. S. 406. — Liberalitäten, welche keine Vermögensvermehrung bilden sollten, sondern zur unmittelbaren Verwendung bestimmt sind, bilden keine Ausstattung. Es sind daher z. B. nicht zu konferiren die Kosten der Hochzeit oder einer Hochzeitsreise des Descendenten, ferner auch nicht Studien- und Promotionskosten.

7) l. 20 § 3 C. h. t. 6, 20.

ferendum hat, sowie was er dolos verbrachte, so daß man jedoch vom Tode des Erblassers an auch Haftung des Kollationspflichtigen für culpa in concreto anzunehmen pflegt.[8]

Dies stimmt weder mit der Praxis, noch mit den Gesetzen,[9] noch mit der Billigkeit. Denn der Ausgestattete, welcher den Gewinn, den das Vorempfangene abwirft, für sich behält, muß folgerecht auch dessen Gefahr tragen. Daher ist das Konferendum nach seinem Werthe zur Zeit des Empfanges anzurechnen.

d) Früchte und Zinsen gebühren dem Kollationsberechtigten von dem Momente an, in welchem der Pflichtige in Verzug gesetzt ist.[10]

2. Kollationspflichtig ist jeder Descendent des Erblassers, welcher Konferenda von ihm erhielt, sofern er ihn beerbt,[11] kollationsberechtigt jeder Descendent des Erblassers, welcher daneben erbt.[12]

Streitfragen sind:

a) Ob entferntere Descendenten, insbesondere Enkel, kollationspflichtig sind, wenn sie vom Ascendenten zu der Zeit eine Ausstattung erhielten, als sie noch nächste Intestaterben des Erblassers waren, weil damals ihr die Verwandtschaft vermittelnder Parens noch lebte? Die Frage ist zu verneinen, weil diese Ausstattung nicht aus der Erbportion des Enkels gegeben ist. Der Erblasser nahm in solchem Falle nicht an, daß der Enkel sein Erbe werde.[13]

b) Haben Enkel zu konferiren, was ihrem vorverstorbenen Parens zugewendet war? Man kann einwenden, daß sie den Großvater aus eigenem Rechte beerben, und nicht als Repräsentanten ihres vorverstorbenen Parens. Aber sie sollen doch nur dessen Portion erhalten! Daher ist zu sagen, daß sie sich auch die Minuenden dieser Portion

---

8) So Fein a. a. O. S. 313. Etwas erweitert die Haftung der Kollationspflichtigen Windscheid Bd. 3 § 610 Anm. 24 und Arndts § 530. Die richtige Ansicht vertritt F. Zimmermann im Archiv für civ. Praxis Bd. 51 S. 400 und Brinz Bd. 3 S. 297.

9) Die nov. 97 cap. 6 bestätigt bei richtiger Auslegung die hier vertretene Ansicht.

10) l. 5 § 1 D. h. t. 37, 6, R.G. Bd. 11 S. 245. Anders Windscheid Bd. 3 § 610 Anm. 22.

11) l. 17 C. h. t. 6, 20.

12) Es sind keineswegs wie bei der collatio emancipati bloß diejenigen Descendenten kollationsberechtigt, welche der Kollationspflichtige beschränkt. Denn der maßgebende Gesichtspunkt ist ein anderer. Der ausgestattete Enkel von einem vorverstorbenen Kinde des Erblassers muß daher nicht bloß seinen Geschwistern konferiren, sondern nicht minder einem miterbenden Kinde des Erblassers, seinem Oheim. Windscheid Bd. 3 § 610 Anm. 6. Die Litteratur siehe bei Arndts § 528 Anm. 3.

13) Die Gegenansicht vertreten u. a. Vangerow Bd. 2 § 516 S. 393, Windscheid Bd. 3 § 610 Anm. 21.

anrechnen lassen müssen, mit anderen Worten, daß sie den Abzug der Konferenda wie der weggefallene Parens zu dulden haben.[14]

c) Ist neben den kollationsberechtigten Descendenten des Erblassers ein nichtkollationsberechtigter Nichtdescendent desselben, insbesondere eine arme Wittwe berufen, so fragt es sich, in welchem Verhältniß zu konferiren ist?

Die richtige Antwort ist, daß der Theil des Konferendum, welcher auf die Wittwe fiele, wenn sie gleichfalls kollationsberechtigt wäre, bei dem Kollationspflichtigen außer dem auf ihn selbst entfallenden Theil verbleibt.[15]

3. Die ältere Kollation geschah durch Kaution. Aber dies ist auf die neuere nicht zu übertragen. Diese geschieht vielmehr durch Anrechnung des Konferendum auf die Erbportion des Kollationspflichtigen bei der Erbtheilung.[16]

Soweit der Werth der kollationspflichtigen Objekte den Werth der Erbportion übersteigt, ist nicht zu konferiren.[17]

---

14) Auch dies ist sehr kontrovers, vgl. Windscheid Bd. 3 § 610 Anm. 20.

15) Merkwürdigerweise lehrt die jetzt herrschende Theorie — Windscheid Bd. 3 § 610 Anm. 8 — „nach Analogie der collatio emancipati", daß der Nichtdescendent, also namentlich die arme Wittwe bei Berechnung der Kollationsantheile nicht mitgezählt werde, so daß die Konferenda zwischen den Kollationsberechtigten und Kollationspflichtigen so zu vertheilen seien, wie wenn sie die einzigen Erben wären. Hiernach erhielten aber die Kollationsberechtigten mehr in Folge der Kollation der Ausstattung, als sie erhalten hätten, wenn der gemeinsame Ascendent die Ausstattung nicht vorgenommen und die entsprechende Summe in seinem Vermögen zurückbehalten hätte. Dies ist nicht annehmbar.

16) Bezüglich der Art, wie die Kollation auszuführen ist, haben sich mit der Entwickelung des Institutes die erheblichsten Wandlungen vollzogen. Die Kollation geschah ursprünglich bloß durch cautio, d. h. ein durch Bürgen gesichertes Versprechen, die kollationspflichtigen Objekte zu theilen. Aber schon zur Zeit der Pandektenjuristen konnte sie „re" erfolgen, d. h. durch unmittelbare Theilung der kollationspflichtigen Gegenstände, endlich auch dadurch, daß der zur Kollation verbundene sich bei der Theilung des väterlichen Vermögens soviel abziehen ließ, als er zu konferiren hatte, l. 1 §§ 11 und 12 D. h. t. 37, 6. Diese letztere Methode, welche praktisch am einfachsten ist, war offenbar bereits zur Zeit Leos die regelmäßige. Seine l. 17 C. h. t. 6, 20 sagt daher ausdrücklich und wiederholt, die Kollation der Dos habe stattzufinden „in dividendis rebus ab intestato defunctorum parentum". Hiernach geschieht heutzutage die Kollation durch Abrechnung bei der Vertheilung des elterlichen Nachlasses.

17) Nach der ursprünglichen Weise der Kollation durch cautio konnte es vorkommen, daß der Kollationspflichtige mehr einwerfen mußte, als er aus der väterlichen Erbschaft erhielt. Hatte er nämlich, nachdem er die bonorum possessio agnoscirt hatte, die cautio geleistet, so konnte er nicht gegen sie einwenden, daß er, wie sich nachträglich herausstellte, mehr einzuwerfen, als aus der väterlichen Erbschaft zu empfangen habe. Das paßt aber nicht für die neuere Kollation, die sich durch Anrechnung bei der Vertheilung des Nachlasses des Ascendenten vollzieht. Und hieran könnte sich nichts ändern, wenn der Descendent auch den Kollationsberechtigten erklärt hätte, erben und konferiren zu wollen. Darunter ist heutzutage nur ein Versprechen zu verstehen, sich das Konferendum in Abrechnung bringen zu lassen,

4. Die Kollationspflicht tritt auch ein, wenn der Erblasser seine Descendenten testamentarisch zu Erben einsetzt,[18] wobei jedoch vorausgesetzt ist, daß dies nach Verhältniß der Größe ihrer Intestatportionen geschah.[19]

5. Der Erblasser kann die Kollationspflicht erlassen.[20]

Fünfter Abschnitt.

Das Notherbenrecht.[1]

§ 142. Einleitung. Begriff des Notherbenrechtes.

Die gesetzlichen Schranken der Testirfreiheit zu Gunsten der Intestaterben nennt man Notherbenrecht.[2]

Diese Bezeichnung ist nicht quellenmäßig, auch, nach der Wortbedeutung, nicht völlig zutreffend, aber herkömmlich und nicht zu entbehren.

Das römische Notherbenrecht begreift Rechtsinstitute sehr verschiedenen historischen Ursprungs und juristischer Gestalt in sich, die sich im Laufe der Zeit gleichsam übereinander lagerten.

Die Basis des Rechtes war die unbeschränkte Testirfreiheit, welche das Zwölftafelgesetz in absoluter Weise proklamirte.[3]

---

nicht aber, über den Betrag des ihm aus dem Nachlaß zufallenden herauszuzahlen. Die heutzutage herrschende Ansicht ist jedoch eine andere. Man streitet nur darüber, ob das beneficium inventarii Schutz gegen die Erfüllung des Kollationsversprechens gewähre. Hierfür u. a. Vangerow Bd. 2 § 516 Anm. 4 S. 396.

18) Nov. 18 cap. 6.

19) Anders Francke, Abh. a. a. O. S. 246.

20) Nov. 18 cap. 6: „nisi expressim disposuerit se collationem fieri nolle". Mit Recht versteht man hierunter jede deutliche Erklärung.

1) Bluntschli, Erbfolge gegen den letzten Willen nach römischem Rechte 1829; Francke, das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten 1831; Mühlenbruch bei Glück Bd. 35 S. 119, Bd. 38 S. 1 ff. Unvollendet in Folge des Todes des Verfassers blieb Franz Schröder, das Notherbenrecht Bd. 1 1877. Im allgemeinen vgl. Bruns: „Ueber Testirfreiheit und Pflichttheil", kleine Schriften Bd. 2 S. 139 und Schultzenstein bei Rassow, Beiträge Bd. 23 S. 661, 812.

2) Den Begriff des Notherbenrechtes erörtert neuerdings Hofmann, kritische Studien S. 197.

3) l. 120 D. de V. S. 50, 16: Pomponius libro 5 ad Quintum Mucium. Verbis legis XII tabularum his „uti legassit suae rei ita jus esto" latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelas

Später traten successive rechtliche Einschränkungen ein, welche der Uebereilung und der Verletzung der Verwandtenpflicht durch den Erblasser begegnen sollten.

Endlich hat Justinian auch hier eine eingreifende Thätigkeit entwickelt, freilich durchaus nicht eine besonders glückliche.[4]

Wie sich dies alles schließlich zu einander verhält, ineinander greift und zusammengliedert, dies ist im höchsten Grade streitig. Es ist daher unmöglich, sich in der Lehre des Notherbenrechtes ohne einige Einsicht in die historische Entwickelung zurechtzufinden.

Die hauptsächlichen Rechtsinstitute, um die es sich handelt, sind folgende:

1. Nach dem alten Civilrechte lag dem Hausvater ob, wenn er testirte, seiner sui durch Erbeinsetzung oder Enterbung zu *gedenken*, und das gleiche machte der Prätor dem Vater bezüglich seiner „liberi" zur Pflicht — *altes formelles Notherbenrecht*.

2. In Folge der Praxis des Centumviralgerichtes mußte der Testator gewisse nahe Verwandte, die zugleich seine nächsten Intestaterben waren, mit einem *Theile ihrer Intestatportion* — dem Pflichttheile — *bedenken*, wenn sie sich dessen nicht unwürdig gemacht haben, s. g. *materielles Notherbenrecht* oder *Pflichttheilsrecht*.[5]

3. Justinian forderte, daß Ascendenten ihre Descendenten und Descendenten ihre Ascendenten mit einer *Erbeseinsetzung beehren*, wenn kein gesetzlicher Grund zur Ausschließung vorliegt, s. g. *neueres formelles Notherbenrecht*.

---

quoque constituendi. sed id interpretatione conangustatum est vel legum vel auctoritate jura constituentium.

4) Nur das Soldatentestament blieb in Rom sowohl von den Schranken des formellen — § 6 J. de exher. 2, 13 — wie des materiellen Notherbenrechtes — l. 8 §§ 3 und 4, l. 27 § 2 D. de inofficioso test. 5, 2 — frei. Vgl. übrigens Fitting, das castrense peculium S. 214. Das Reichsmilitärgesetz § 44 hat dies antiquirt. — Ueber Pupillarsubstitutionen vgl. oben Bd. 3 § 89 Anm. 8.

5) An diesem Orte ist nur die Rede vom Notherbenrecht der *Verwandten*. Auch das Recht der dürftigen *Wittwe*, nicht minder das des *arrogirten Unmündigen* ist unentziehbar — also eine Art Notherbenrecht. Diese Ansprüche sind aber bereits früher besprochen — oben Bd. 3 § 137. Sie haben mit dem Notherbenrecht der Verwandten wenig gemeinsames.

Erstes Kapitel.

Das alte formelle Notherbenrecht.

§ 143. Institution oder Exheredation der sui.[1]

Der Testator mußte seine sui, d. h. hier die Hauskinder, welche durch seinen Tod gewaltfrei werden, nach altem Civilrechte entweder zu Erben einsetzen — instituere — oder enterben — exheredare. — Unterließ er beides — präterirte er dieselben — so war sein Testament nicht rechtsbeständig.

Eine materielle Beschränkung des Testators lag hierin nicht. Die Erbeseinsetzung auf einen minimalen Theil genügte, die Exheredation reichte aus, auch wenn kein Grund für sie angegeben war, und keiner existirte. War aber der Präterirte mit Legaten noch so reichlich abgefunden, so war das Testament gleichwohl hinfällig.

Nichts war also gefordert, als eine bestimmte Ausdrucksweise — eine Form.

Die Situation sollte klar gestellt werden, wenn der Erblasser sui hatte und sie nicht einsetzte, sondern seinen Nachlaß Fremden zuwendete.[2] Immerhin bildete die Vorschrift ein psychologisches Hemmniß für den Testator. Denn mancher scheute sich ausdrücklich, zu sagen, daß er

---

1) Gajus Inst. II § 123, Ulpian fragm. tit. XXII §§ 14 ff. Tit. Inst. de exheredatione liberorum 2, 13. Dig. de liberis et postumis 28, 2, Cod. 6, 28 und 6, 29. Vgl. A. Schmidt, das formelle Recht der Notherben 1862 und dort citirte, namentlich Vangerow Bd. 2 § 468, neuerdings Schröder a. a. O. S. 8. Allgemeinere Bemerkungen finden sich bei Hölder in seinen Beiträgen zur Geschichte d. röm. Erbrechts S. 88, sowie Hofmann, krit. Studien S. 197.

2) Die gewöhnliche Erklärung — z. B. von Vangerow Bd. 2 § 467 S. 216 — unterstellt, daß die sui eine Art Miteigenthum am väterlichen Vermögen gehabt hätten. Um deswillen habe sie der Vater aus diesem Miteigenthum erst herausseßen müssen — exheredare —, wenn er sie nicht instituirte. Hierfür führt man l. 11 D. de liberis et postumis 28, 2 an. Diese Erklärung ist aber unhaltbar. Der suus war im juristischen Sinne nicht Miteigenthümer des väterlichen Vermögens; wäre er es gewesen, so hätte ihm der Miteigenthümer — der Vater — dies Recht nicht einseitig nehmen können. Die Sache liegt viel einfacher. Daß der Hausvater sein Hauskind aus dem Hause stößt, indem er sein Vermögen anderen Erben zuwendet, war ein so auffallender und unglaublicher Akt, daß die Römer forderten, daß ein solcher Wille ausdrücklich ausgesprochen sei, wenn man ihn annehmen sollte. Das geschieht durch die Exheredation, über die insbesondere Gajus Inst. II § 123 zu vergleichen ist. Von der gewöhnlichen Auffassung aus ist die Ausdehnung des Präteritionsrechtes auf die Emancipirten nicht zu verstehen, nach unserer Erklärung ist sie wohl begreiflich. Siehe unten § 144 Anm. 2.

seine sui enterbe — insbesondere öffentlich im Volkstestamente —, was er stillschweigend anzuordnen wohl den Muth gehabt hätte.

Die Form gewährte ferner Schutz im Falle des Irrthumes des Testators, namentlich wenn er einen suus für todt hielt und deswegen präterirte.[3]

Zu unterscheiden sind Hayssöhne, andere sui und endlich postumi.

1. Den Haussohn — den Stammhalter der Familie — mußte der Testator speciell — nominatim — exheredіren, wenn er ihn nicht instituirte.[4]

Einsetzung unter einer Bedingung genügte nur, wenn der Haussohn unter der entgegengesetzten Bedingung exheredirt war. Einsetzung unter einer Potestativbedingung genügte ohne weiteres.[5] Sie gab dem suus, welcher sonst nothwendiger Erbe war, die Freiheit des Entschlusses über den Erwerb. Deshalb galt sie mehr als Begünstigung, denn als Beschränkung.

Die Enterbung mußte von allen Graden der Erbeinsetzung geschehen.[6]

Die Verabsäumung dieser Formvorschriften hatte Nichtigkeit zur Folge. Und zwar war das Testament von Anfang an nichtig, in welchem der Haussohn nicht gültig instituirt oder exheredirt war. Daher rumpirte es ein etwaiges früheres Testament nicht, und blieb nichtig, wenn der Haussohn vor dem Testator starb. So lehrten die Sabinianer. Die Prokulianer betrachteten das Testament freilich nur dann als nichtig, wenn der Sohn den Erblasser überlebte. Das war milde und zweckmäßig, aber gegen den Grundgedanken des Institutes, und konnte nicht durchdringen.[7]

War der Haussohn nur von einzelnen Graden der Einsetzung präterirt, so waren diese nichtig, und es waren die anderen, von denen er instituirt oder exheredirt war, gültig.[8]

2. Auch seine Haustöchter und die unmittelbar in seiner Gewalt stehenden Enkel hatte der Testator zu instituiren oder zu exheredіren.

3) Cicero de oratore I cap. 38.

4) Gajus Inst. II § 123.

5) l. 87 D. de heredibus instituendis 28, 5.

6) l. 3 D. h. t. 28, 2, Schmidt a. a. O. S. 53.

7) Gajus Inst. II § 123, pr. I. de exheredatione liberorum 2, 13.

8) l. 3 § 6 D. h. t. 28, 2. War aber der Haussohn vom ersten Grade präterirt, vom zweiten exheredirt, so erhielt er eine bonorum possessio contra tabulas wider den ersten Grad. l. 8 § 5 D. de bon. poss. contra tab. 37, 4.

Aber ihre Exheredation mußte nicht nothwendig speciell geschehen, war vielmehr durch eine allgemeine Formel — inter ceteros — thunlich.

Ferner machte die Präterition solcher sui das Testament nicht nichtig. Aber sie waren auch nicht von der Erbschaft entfernt. Sie wurden vielmehr so behandelt, als wären sie mit den Testamentserben eingesetzt: „accrescunt“. Waren die testamentarisch Eingesetzten sui, so erhielt der Akkrescirende einen Kopftheil, waren sie Fremde, so halbirte man die Erbschaft und gewährte die eine Hälfte den Akkrescenzerben, die andere den Testamentserben.[9]

3. Wiederum anderes gilt für die postumi sui, d. h. alle Personen, die nach Errichtung des Testamentes in die unmittelbare Gewalt des Testators treten oder getreten wären, wenn der Testator nicht zwischen der Zeit ihrer Konception und ihrer Geburt gestorben wäre.

Es gehören dahin die nach der Testamentserrichtung geborenen, ferner — als postumorum loco — wer nachher durch Rechtsgeschäft, insbesondere Adoption, in die Gewalt des Testators trat, endlich zur Zeit des Testamentes zwar der Gewalt des Testators unterworfene, welche aber erst durch das Wegfallen des dazwischenstehenden Parens nach der Testamentserrichtung in ein unmittelbares Erbesverhältniß zum Testator treten.

Das Anwachsen eines postumus rumpirte das Testament, und zwar anfänglich rettungslos.[10] Der Testator konnte nämlich ursprünglich die Ruption auch nicht durch eine Institution oder Exheredation der künftigen postumi abwenden.[11] Jedoch wurde zuerst in einigen Fällen durch die Jurisprudenz, dann in anderen durch eine lex Junia Vellaea die vorsorgliche Institution und für die Regel auch die Exheredation künftiger postumi zulässig, wonach die Ruption des Testamentes im Falle ihres Erscheinens abgewendet war.[12]

---

9) Gajus Inst. II § 124.

10) Ulpian. fragm. XXII § 18.

11) Vorsorgliche Institution und Exheredation der künftigen postumi galten aus dem formellen Grunde als ungültig, weil die postumi nicht in ihrer Eigenschaft als sui, denn das waren sie zur Zeit der Testamentserrichtung noch nicht, instituirt oder exheredirt waren. Das scheint arge Spitzfindigkeit. Es läßt sich aber auch etwas rationelles dabei denken. Ist ein Kind da und in der unmittelbaren Gewalt des Testators, so sind die Anschauungen und Empfindungen bezüglich seiner oft beim Erblasser andere, als wenn es sich um die künftige Eventualität eines solchen handelt.

12) Nur widerstrebend ließ man zu, daß die Ruption der Testamente durch postumi mittels ihrer vorsorglichen Institution oder Exheredation abgewendet werden könne. Zuerst half man nur in den dringendsten und häufigsten Fällen. a) Die alte Jurisprudenz verstattete dem Hausvater, einen Embryo, welcher zur Zeit der Testamentserrichtung bereits koncipirt war und der, wenn er geboren wäre, in seiner

§ 144. Die bonorum possessio contra tabulas testamenti.[1]

Das formelle Notherbenrecht erfuhr durch das prätorische Edikt eine erhebliche Erweiterung.

1. Der Prätor gab die bonorum possessio contra tabulas testamenti nicht bloß im Falle der Präterition der sui — das war ohne Zweifel das ursprüngliche —, vielmehr auch bei Präterition der anderen Kinder des Erblassers, denen er mittels der b. p. unde liberi das nächste Intestaterbrecht in Aussicht stellte, also namentlich der emancipirten Kinder des Erblassers.[2]

Die bonorum possessio contra tabulas setzte voraus, daß der Erblasser ein so beschaffenes Testament hinterließ, daß aus ihm eine bonorum possessio secundum tabulas agnoscirt werden konnte.[3] Ob

unmittelbaren Gewalt stünde, für den Fall lebendiger Geburt nach dem Tode des Testators zu instituiren oder zu exheredіren, Ulp. fragm. XXII § 19. b) Aquilius Gallus ermöglichte das Gleiche bezüglich der Enkel im Mutterleibe, deren Vater zur Zeit der Testamentserrichtung noch lebte und in der Gewalt war, für den Fall, daß dieser Vater vor dem Testator starb, der Enkel aber nach dem Tode des Erblassers lebendig zur Welt kam, l. 29 pr. D. de liberis et postumis 28, 2 s. g. postumi Aquiliani. c) Keine Vorkehrung gegen die Ruption des Testamentes war nach älterem Civilrecht in Fällen möglich, in welchen der postumus bei Lebzeiten des Testators agnascirte. Denn hier konnte sich der Erblasser durch Errichtung eines neuen Testamentes nach der Agnation des postumus, wenn auch unbequem genug, helfen. Erst die lex Junia Vellaea, wohl der ersten Kaiserzeit angehörend, ersparte ihm dies. Sie verstattete in ihrem ersten Kapitel wirksame Institution sowie Exheredation von Descendenten, welche dem Testator nach dem Testamente noch während seines Lebens geboren werden, l. 29 § 12 D. h. t. 28, 2, und in ihrem zweiten Kapitel dasselbe bezüglich der zur Zeit der Testamentserrichtung bereits geborenen Descendenten, welche bei Lebzeiten des Erblassers durch Wegfallen eines näheren Kindes desselben in dessen unmittelbare Gewalt traten, l. 29 § 13 D. h. t. 28, 2. Die Interpretation erweiterte auch diese Normen. Schließlich wurde die Institution aller postumi möglich und in den meisten Fällen auch deren Exheredation. Ueber die Hauptstelle — die l. 29 D. h. t. 28, 2 — schrieb J. Amann, die Grundsätze der Pandektenkritik geprüft an der s. g. lex Gallus 1878. Vgl. überhaupt Schmidt a. a. O. S. 25. Uebrigens fordert Justinian, daß durchweg die Exheredation der postumi „nominatim" geschehe, l. 4 § 8 C. de liberis praet. 6, 28. Vor Justinian wurde auch dies nach Verschiedenheit der Fälle verschieden behandelt.

1) Tit. Dig. de bonorum possessio contra tabulas 37, 4, Cod. de b. p. contra tabulas quam praetor liberis pollicetur 6, 12. Uhrig, Wirkungen der b. p. contra tabulas, Würzburg 1844.

2) Gajus Inst. III § 71, l. 6 § 1 D. h. t. de b. poss. 37 1, oben Bd. 3 § 130. Wäre der Grund des formellen Notherbenrechtes der sui ihr Miteigenthum am väterlichen Vermögen, so wäre dessen Ausdehnung auf emancipirte und andere aus der Gewalt getretene Personen unbegreiflich. Daß der Prätor die Ausdehnung durch die Fiktion der Rescission der capitis deminutio vermittelte, kann hieran wahrlich nichts ändern. Denn hierin liegt ein Mittel der juristischen Gestaltung, aber nimmermehr eine Erklärung. Ueber das Edikt vgl. Lenel, edictum S. 273.

3) Man sah hierbei auf den Augenblick des Todes des Erblassers, so daß die b. p. contra tabulas als begründet galt, auch wenn nach dem Tode des Erblassers sämmtliche eingesetzte Erben verstorben waren, ohne angetreten zu haben, l. 19 D. h. t. 37, 4.

das Testament civilrechtlich gültig war, kam für die b. p. contra tabulas nicht in Betracht.[4] Ferner war ihre nothwendige Voraussetzung Präterition eines der liberi.

Aber sie stand keineswegs bloß den *präterirten Kindern* offen, vielmehr nicht minder — commisso per alium edicto — den im Testamente *eingesetzten Kindern*, wenn ihnen nicht ihre volle Intestatportion zugedacht war.[5]

Dagegen waren die *exheredirten Kinder* des Erblassers von der bonorum possessio contra tabulas *ausgeschlossen*. Der Prätor forderte aber für die Exheredation bezüglich des männlichen Geschlechtes, daß sie nominatim geschehen war, und begnügte sich nur bei Weibern mit der Vornahme in Bausch und Bogen — inter ceteros.[6]

2. Der Kontratabulant erlangte durch die b. p. contra tabulas seine Intestatportion.

Doch bildete sie keine reine Intestaterbfolge. Denn:

a) die Exheredationen blieben in Kraft. Daher wuchsen die Erbportionen der nichtexheredirten Kinder.[7]

b) Pupillarsubstitutionen erhielten sich.[8]

c) Das edictum de legatis praestandis bestätigte endlich Vermächtnisse zu Gunsten der Descendenten und der Ascendenten des Erblassers bis auf den Betrag eines Kindestheiles der Kontratabulanten, sowie das Legat der Rückerstattung der Dos oder ihres Aequivalentes an die Ehefrau des Erblassers.[9]

Soweit sie einem präterirten Hauskinde des Erblassers zur Last fallen, dessen Präterition die civilrechtliche Nichtigkeit des Testamentes zur Folge hatte, waren auch solche Vermächtnisse ungültig.

---

4) Nichtigkeit des Testamentes wegen Präterition eines Hausſohnes steht der bon. poss. contra tabulas daher nicht entgegen, l. 16 D. de leg. praest. 37, 5.

5) l. 3 § 11 D. h. t. 37, 4, l. 8 § 14 D. eod.

6) l. 8 pr. ff. D. h. t. 37, 4, § 3 J. de exhered. liberorum 2, 13. War ein prätorischer Notherbe unter einer Bedingung eingesetzt, so erhielt er bonorum possessio secundum tabulas, fiel die Bedingung aus und war er nicht für diesen Fall exheredirt, contra tabulas, l. 3 § 13 D. h. t, 37, 4.

7) Hatte der Erblasser einen Hausſohn präterirt, einen Emancipirten exheredirt, so war das Testament civilrechtlich nichtig. Auch in diesem Falle erhielt der Exheredirte keine bonorum possessio contra tabulas, wohl aber wurde ihm eine solche ab intestato gewährt, welche der Prätor bis zur Hälfte des Nachlasses schützte, l. 32 D. de liberis 28, 2, l. 12 § 5 D. de bonis libert. 38, 2, l. 20 D. h. t. 37, 4. Schmidt a. a. O. S. 103. In dem Falle der civilen Nichtigkeit des Testamentes waren also die Exheredationen schließlich doch ohne Wirkung.

8) l. 34 § 2 D. de vulg. et pupillari substitutione 28, 6.

9) Tit. Dig. de legatis praestandis bonorum contra tabulas bonorum possessione petita 37, 5.

3. Wurde die bonorum possessio contra tabulas nicht rechtzeitig agnoscirt, so waren die Testamentserben zum Erwerb der b. p. secundum tabulas befugt.[10]

Dieselbe war cum re, wenn ein bloß prätorischer Notherbe präterirt war, und in mehreren Fällen auch, wenn es sich um die Präterition eines suus handelte.

Die Ungültigkeit wegen Präterition der liberi hatte hiernach einen bloß relativen Charakter, d. h. sie bestand nur zu Gunsten der Kinder des Erblassers, nicht aber zum Vortheil von Dritten.

§ 145. Absterben des alten formellen Notherbenrechtes.

Das alte Recht, wonach der Testator seine sui und seine liberi instituiren oder exherediren mußte, ging in die justinianische Gesetzgebung mit seinen Details und Verwickelungen über.

Es erfuhr sogar eine erhebliche Verschärfung durch Justinian, da derselbe für alle sui ohne Unterschied des Geschlechtes *namentliche Enterbung* forderte und an die Präterition *aller sui*, auch der Weiber, *Nichtigkeit des Testamentes* knüpfte.

Dies entsprang dem Lieblingsgedanken Justinians, daß die Frauen den Männern gleichzuachten seien, und diente auch dem Bestreben der Vereinfachung des Rechtes.[1]

Die Annahme ist jedoch nicht zu kühn, daß die ganze Legislation Justinians über das formelle Notherbenrecht mehr auf dem Papiere stand, als in das Leben eingriff, und daß man in der Praxis seiner Zeit auf nichts anderes als auf die Hinterlassung des Pflichttheiles achtete. Paßten doch die alten Formvorschriften zu Gunsten der agnatischen und quasi-agnatischen Descendenten nicht zu einem Rechtssysteme, in welchem die Erbeseinsetzung an eine bestimmte Weise der Erklärung nicht mehr gebunden war, und nach welchem nicht bloß agnatische, sondern auch kognatische Descendenten den Ascendenten beerbten.

Nur wenn man annimmt, daß es sich um eine halbvergessene, in der Praxis verschollene Sache handelte, erklärt es sich, daß Justinian in seiner Novellengesetzgebung, welche sich an die Praxis enger anschloß, des alten formellen Notherbenrechtes nicht mehr gedenkt, nicht in der Novelle 18 und vor allem nicht in der Novelle 115.

---

10) l. 2 pr. D. de bonorum possessione secundum tabulas 37, 11. Das nähere siehe bei Vangerow Bd. 2 § 473, Schmidt a. a. O. S. 126.

1) l. 4 C. de liberis praeteritis 6, 28, § 5 I. de exheredatione liberorum 2, 13.

Man streitet darüber, ob die Novelle 115 das alte formelle Notherbenrecht beseitigt habe — Derogationssystem[2] —, oder ob sie nur Zusätze zum alten Rechte machte — Additionalsystem.

Das erstere, also die Aufhebung des alten Rechtes, ist anzunehmen.

Eine absolute Unvereinbarkeit der Vorschriften des alten Rechtes mit den Bestimmungen der Novelle 115 liegt allerdings nicht vor und ausdrücklich sind jene Vorschriften nicht aufgehoben. Daher scheint deren fortdauernde Geltung gesichert, da korrektorische Gesetze strikt zu interpretiren sind.

Aber der Fall liegt doch ganz besonders. Das alte Notherbenrecht war innerlich überlebt. Es wird mehrfach in Gesetzen übergangen, welche die nächste Veranlassung gehabt hätten, seiner zu gedenken, wenn sie es hätten erhalten wollen. In diesem besonderen Falle ist in dem Schweigen des Gesetzgebers eine Anerkennung zu erblicken, daß das Institut dem praktischen Rechte nicht mehr angehören solle.[3]

Zweites Kapitel.

Das Pflichttheilsrecht und die Novelle 115.

I. Die geschichtliche Entwickelung des Pflichttheilsrechtes.

§ 146. Der Pflichttheil im allgemeinen.

Pflichttheil — portio legitima — ist der nahestehenden Verwandten, welche zugleich die Intestaterben des Erblassers wären, gebührende Betrag eines Theiles ihrer Intestatportion.

---

2) Für das Derogationssystem waren schon die Basiliken lib. 39 tit. 2 und die Scholien dazu, nicht minder die Glosse zu den Authentiken „non licet“ und „ex causa“ C. de liberis praeteritis. Für dasselbe erklärte sich neuerdings u. a. Francke, Notherbenrecht S. 354. Die entgegengesetzte Ansicht vertraten u. a. Cujacius — siehe die bei Francke S. 356 angeführten Stellen — und unter den neueren Bangerow Bd. 2 § 486 S. 297. Bei Francke und Bangerow finden sich Litteraturangaben. Reicher noch giebt solche Mühlenbruch bei Glück Bd. 37 S. 308. Neuerdings hat sich für das Derogationssystem mit Rücksicht auf die Novelle 18 Leist bei Glück, die Bücher 37 und 38 Theil 3 S. 178 ausgesprochen.

3) Von diesem Standpunkte aus verliert der Einwand von Schmidt a. a. O. S. 185 seine Kraft, daß die Annahme stillschweigender Beseitigung eines „seit alten Zeiten im römischen Leben eingewurzelten Institutes“ mißlich sei. Schmidt selbst nimmt Ausmerzung des alten formellen Notherbenrechtes durch die deutsche Praxis an.

Eine derartige Zuwendung galt ohne Zweifel in Rom seit alter Zeit als Verwandtenpflicht — officium. Ursprünglich bestand staatlicher Zwang zu derselben nicht, der Einfluß der Familiengenossenschaft und der Druck der öffentlichen Meinung war indessen stark genug, für die Regel die Erfüllung zu sichern.

Als aber seit der letzten Zeit der Republik diese Faktoren an Kraft einbüßten und die Testirfreiheit häufiger mißbraucht wurde, machte man, was früher bloße Verwandtenpflicht gewesen war, auch zur Rechtspflicht. Diese Neuerung geschah aus dem Schoße des Volkes heraus durch das große Volksgericht der Centumviri, welches in Erbschaftsprozessen Recht sprach.

Doch gab man dem pflichtwidrig übergangenen keine Klage, womit er den Pflichttheil direkt einfordern konnte. Man erreichte das Ziel vielmehr auf einem Umwege, durch die querella inofficiosi testamenti. Mit ihr ist daher die Entwickelung des Pflichttheilsrechtes auf das engste verknüpft.

§ 147. Die querella inofficiosi testamenti.[1]

Die querella inofficiosi testamenti war ursprünglich und noch in der klassischen Zeit das einzige Rechtsmittel, durch welches Pflichttheilsberechtigte gegen Verletzung durch pflichtwidrige Testamente reagiren konnten.

Man streitet darüber, ob diese Querel eine Unterart der hereditatis petitio sei oder ein selbständiges Rechtsmittel. Hierauf ist zu antworten: Von vornherein verwendete man die hereditatis petitio ab intestato, um den im Pflichttheile verletzten zu helfen. Im Laufe der Entwickelung hat sich aber die Querel zu einem eigenen, von der gewöhnlichen Erbschaftsklage sehr verschiedenen Rechtsmittel gestaltet.[2]

Höchst eigenthümlich war die Weise, in der man die Klage begründete. Zu der Zeit, als man die Querel einführte, war der Kläger, dem der Pflichttheil nicht hinterlassen war, rechtlich nicht verletzt, denn

---

1) Tit. Dig. de inofficioso testamento 5, 2, Inst. 2, 18, Cod. 3, 28. Hartmann, über die querela inofficiosi testamenti nach klassischem Rechte 1864, Bangerow Bd. 2 § 478, Brinz Bd. 3 S. 249.

2) Die Querel wird mehrfach als „hereditatis petitio" bezeichnet, so namentlich l. 34 C. h. t. 3, 28 und l. 20 D. h. t. 5, 2. An anderen Orten dagegen werden querella inofficiosi und die hereditatis petitio geradezu in Gegensatz gesetzt, Pauli sent. IV, 5 § 4. Das sind keine wahren Widersprüche. Betont man mehr den Ursprung und eine gewisse allgemeine Aehnlichkeit des Zweckes, so kann man die Querel der hereditatis petitio unterstellen. Kommt es darauf an, das specifische Rechtsmittel zu charakterisiren, so tritt der Gegensatz hervor.

die alte Zeit kannte kein Recht auf den Pflichttheil. An Stelle des Rechtspunktes setzte man daher den Ehrenpunkt. Der Verletzte beschwerte sich über die *Unbill*,[3] die seiner Person dadurch zugefügt sei, daß ihm der Testator, trotz der nahen Verwandtschaft, nichts oder unzureichendes zugewendet habe.

Daran reihte sich die weitere Behauptung des Klägers, daß der Testator, welcher ihn so grundlos an der Ehre kürzte, nicht *recht bei Sinnen war*.[4] Auf dieses doppelte Fundament baute sich schließlich sein Ansuchen, ihm als Intestaterben seine Intestatportion zuzusprechen.

Das Petitum ist, genau besehen, wesentlich ein anderes, als das einer Erbschaftsklage.

Mit der Erbschaftsklage verlangt der nicht besitzende Erbe vom besitzenden Nichterben Herausgabe der ihm gebührenden Nachlaßobjekte auf Grund der Anerkennung seines zu Recht bestehenden Erbrechtes.

Mit der Querel dagegen fordert der Pflichttheilsberechtigte gegenüber dem Testamentserben *Rescission des Testamentes bis zur Höhe seiner Intestatportion*. Eine Verurtheilung zur Herausgabe von Nachlaßsachen schließt sich oft, aber keineswegs immer an.

Die Erbschaftsklage bezweckt also Verwirklichung eines Rechtes, welches besteht, die Querel Begründung eines Rechtszustandes, welcher sein soll.[5]

---

3) Die Quellen sprechen daher häufig von der „injuria", welche in der Nichtzuwendung des Pflichttheils liege, l. 4, l. 8 pr. D. h. t. 5, 2, sowie von der „indignatio" des Pflichttheilsberechtigten, l. 22 pr. D. h. t. 5, 2. Schröder, Notherbenrecht S. 382.

4) Die Rescission des Testamentes geschieht „sub colore insaniae" des Erblassers, l. 2 D. h. t. 5, 2, l. 5 D. eod. pr., I h. t. 2, 18. Jedoch bemerken die Pandektenjuristen, daß der pflichtwidrig Testirende keineswegs als wirklich wahnsinnig gelte, weil dann das Testament ohne weiteres und zu Gunsten eines jeden nichtig wäre. Darin liegt eine richtige, aber erst der späteren Reflexion angehörige Bemerkung. Anfänglich wußte man sich gegen das pflichtwidrige Testament nicht anders zu helfen, als daß man es als dasjenige eines Wahnsinnigen angriff, und die Centumviri rescindirten es, indem sie den Testator geradezu als geisteskrank erklärten. Erst als das Rechtsmittel eingebürgert und anerkannt war, untersuchte man den Grund, welcher, ursprünglich unentbehrlich, ohne weiteres als richtig angenommen war, näher, und nunmehr fanden die Juristen, daß doch von einem wahren Wahnsinne des Testators nicht die Rede sei. Das konnte man jetzt erkennen, ohne um deswillen das in der Praxis feststehende Rechtsmittel in Frage zu stellen. Ein ähnlicher Entwickelungsgang läßt sich bei der Rechtsbildung durch die Praxis häufig beobachten. Andere Erklärungen des „color insaniae", die zum Theil recht unbefriedigend sind, siehe bei Schröder a. a. O. S. 386.

5) Sehr wesentliche Verschiedenheiten der Querel von der hereditatis petitio sind unbestritten. Ueber andere streitet man aber. Denn einige Schriftsteller legen mit Recht das Hauptgewicht auf das, was sich aus dem eigenthümlichen Wesen der Querel ergiebt, andere dagegen erachten die Regeln der hereditatis petitio durch-

1. Klageberechtigt sind nahe Verwandte, welche Intestaterben wären und denen nicht einmal ein Viertel der Erbportion zugewendet ist,[6] ohne daß ein Grund zu solcher Mißachtung vorliegt.

Das Viertel stellte sich in der Praxis nach Analogie der lex Falcidia fest.[7] Welche Verwandte das Klagerecht haben, darüber schwankte die Praxis.[8] Dasselbe wurde kognatischen wie agnatischen Descendenten und Ascendenten gewährt, Geschwistern nur unter besonderen Voraussetzungen.[9]

Es kommt eine eigenthümliche successio in querellam vor.[10] Hat der Erblasser nämlich seinen nächsten Intestaterben und Pflichttheilsverwandten, z. B. seinen Sohn, nicht mit dem Pflichttheile ausgestattet, und kann oder will dieser die Querel nicht erheben, so geht sie auf den nächstfolgenden Intestaterben und Pflichttheilsverwandten über, z. B. den Enkel, falls auch diesem, und zwar grundlos, nichts hinterlassen ist.

2. Das Fundament der Querel ist die Beleidigung des Pflichttheilsverwandten, ihr Ziel Sühne durch Rescission des Testamentes; sie ist vindictam spirans. Hieraus erklären sich folgende Eigenthümlichkeiten:

a) Die Querel ist *höchstpersönlich*. Nur wenn sie bereits angestellt oder wenigstens *vorbereitet* ist, *vererbt* sie sich auf die Erben des Verletzten.[11]

---

weg als maßgebend, soweit eine Abweichung nicht quellenmäßig verbürgt ist. Man formulirt gewöhnlich diese Frage so, ob die Querel ein hereditatis petitio beziehungsweise *modificirte hereditatis petitio* sei oder ob *nicht*. Vgl. Windscheid Bd. 3 § 584 Anm. 13 und die dort citirten Schriftsteller. Der Begriff einer „modificirten hereditatis petitio" ist jedoch so vag, daß diese Fragestellung nicht entsprechend ist.

6) §§ 3 und 6 J. h. t. 2, 18, l. 8 §§ 6, 8, 9 D. h. t. 5, 2, l. 36 § 1 C. h. t. 3, 28.

7) Als Falcidia wird die Quart des Pflichttheilsberechtigten nicht selten bezeichnet, so l. 31 C. h. t. 3, 28. Vgl. Schröder a. a. O. S. 275.

8) l. 1 D. h. t. 5, 2.

9) Näheres unten § 149 Anm. 5.

10) l. 31 pr. D. h. t. 5, 2. Paulus libro singulari de septemviralibus judiciis. Si is, qui admittitur ad accusationem, nolit aut non possit accusare, an sequens admittatur, videndum est: et placuit posse, ut fiat successioni locus, l. 14 D. eod.

11) l. 6 § 2, l. 7 D. h. t. 5, 2. Descendenten transmittiren die Querel nach der l. 34 C. h. t. 3, 28 von Justinian ohne weiteres auf ihre Descendenten. Doch ist streitig, ob Bedingung dieser Transmission ist, daß der pflichttheilsberechtigte Descendent vor der Erklärung des Testamentserben verstarb. Vgl. Bangerow Bd. 2 § 478 S. 265.

b) Jede auch indirekte Anerkennung des Testamentes schließt die Klage aus, weil sie ergiebt, daß die Beleidigung nicht tief geht.[12]

c) Die Klage verjährt in 5 Jahren von dem Erbschaftsantritte durch den Testamentserben an gerechnet.[13] Denn so lange Unthätigkeit zeigt, daß die Beleidigung nicht schmerzt.

d) Die Querel ist ein subsidiäres Rechtsmittel.[14]

3. Da die Querel Rescission des Testamentes zu Gunsten des Pflichttheilsberechtigten bezweckt, so ergiebt sich bezüglich der Person des Klägers und des Beklagten nothwendigerweise weiter:

a) Auch wer im Besitze des Nachlasses ist, kann die Klage anstellen.[15]

b) Beklagbar sind Testamentserben sowie Universalfideikommissare und die Rechtsnachfolger dieser Personen. Es ist nicht erfordert, daß sie Nachlaßsachen besitzen.[16]

Die Legatare des pflichtwidrigen Testamentes können zugleich mit den Testamentserben belangt werden, wie auch freiwillig interveniren.[17] Selbständig mit der Querel verklagt werden können sie nicht.[18]

4. Die Rescission des Testamentes erfolgt in Höhe der Intestatportion des Klägers, also keineswegs bloß auf den Betrag seines Pflichttheils.[19]

Der Portion des Klägers wächst in Folge eines besonderen Anwachsungsrechtes die Intestatportion von anderen, gleichfalls mit Unrecht übergangenen Pflichttheilsberechtigten zu, welche die Querel nicht durchführen.[20]

---

12) l. 8 § 10, l. 31 § 3 und § 4, l. 32 D. h. t. 5, 2.

13) l. 16 C. h. t. 3, 28, l. 36 § 2 C. eod.

14) § 2 J. h. t. 2, 18.

15) Vgl. l. 8 § 13 D. h. t. 5, 2. Anders freilich Bangerow Bd. 2 § 478 S. 263. Er erachtet mit Unrecht die Grundsätze der her. petitio auch in dieser Hinsicht als maßgebend.

16) l. 8 § 10 D. h. t. 5, 2, l. 10 C. h. t. 3, 28. Es ist also keineswegs wie bei der hereditatis petitio jeder belangbar, welcher den Nachlaß „pro herede“ oder „pro possessore“ besitzt. Die Querel ist natürlich gegen den Testamentserben erst zulässig, wenn derselbe die Erbschaft angetreten hat. Damit der Pflichttheilsberechtigte nicht durch Verzögerung des Antritts vom Testamentserben hingehalten werde, verordnet Justinian in der l. 36 § 2a C. h. t. 3, 28, daß sich der Testamentserbe binnen 6 Monaten und, wenn die Betheiligten in verschiedenen Provinzen leben, binnen 1 Jahre, vom Tode des Erblassers an gerechnet, über den Antritt zu erklären habe. Geschieht dies nicht, so wird der Testamentserbe zum Antritt vom Gerichte gezwungen. Ueber das Präjudiz, welches den Testamentserben treffen soll, sind jedoch die Meinungen sehr getheilt. Vgl. Windscheid Bd. 3 § 584 Anm. 12.

17) l. 29 pr. D. h. t. 5, 3, l. 14 pr. D. de appellat. 49, 1.

18) Anders Windscheid Bd. 3 § 584 Anm. 16.

19) l. 22 C. h. t. 3, 28. Diocletianus et Maximianus .. eam de inofficioso testamento patris querentem, totam hereditatem obtinere posse non ambigitur.

20) l. 23 § 2 D. h. t. 5, 2. Paulus libro singulari de inofficioso testamento.

Gegen jeden von mehreren Testamentserben ist besonders zu klagen. Das Testament wird durch das Urtheil nicht weiter rescindirt, als die testamentarische Erbportion des Beklagten reicht. Das Urtheil gegen den einen der Testamentserben hat keine Rechtskraft gegen den anderen.[21]

Dagegen wirkt die Rescission innerhalb des bezeichneten Umfanges absolut, namentlich also gegen die Legate, welche auf der Portion des beklagten Testamentserben lasteten.[22 23]

5. Wer die Querel anstellt und unterliegt, verliert als unwürdig alles, was ihm der Testator letztwillig zudachte.[24]

§ 148. Die Weiterentwickelung des Pflichttheilsrechtes.

Im Laufe der Zeit gestaltete sich der Anspruch auf den Pflichttheil zu einem festen Rechte der Verwandten; der Gesichtspunkt der Ehrenkränkung durch die Nichthinterlassung blieb daher nicht alleinentscheidend. Auch wenn ein Pflichttheilsverwandter erst nach dem Testamente zur Existenz kam und deshalb nicht in ihm berücksichtigt sein konnte, hatte er daher die Pflichttheilsrechte.[1]

Insbesondere suchte aber Justinian das Pflichttheilsrecht zu konsolidiren und zu erweitern.

1. Justinian gab den Pflichttheilsverwandten, welchen der Pflicht-

---

Si duo sint filii exheredati et ambo de inofficioso testamento egerunt et unus postea constituit non agere, pars ejus alteri adcrescit, idemque erit et si tempore exclusus sit, l. 17 pr. D. eod.

21) l. 15 § 2 D. h. t. 5, 2. Papinianus libro 14 quaestionum: Filius qui de inofficiosi actione adversus duos heredes expertus diversas sententias judicum tulit et unum vicit, ab altero superatus est, et debitores convenire et ipse a creditoribus convenire pro parte potest et corpora vindicare et hereditatem dividere. verum enim est familiae erciscundae judicium competere, quia credimus eum legitimum heredem pro parte esso factum. et ideo pars hereditatis in testamento remansit nec absurdum videtur pro parte intestatum videri, l. 25 § 1 D. eod.

22) l. 8 § 16, l. 17 § 1, l. 28 D. h. t. 5, 2, l. 13 C. h. t. 3, 28. Darüber, daß dies durch die Kodicillarklausel nicht abgewendet wird, vgl. oben Bd. 3 § 95 Anm. 9. Ist das Testament ganz rescindirt, so fällt auch die in ihm angeordnete Pupillarsubstitution. Wird es theilweise rescindirt, so bleibt die Pupillarsubstitution in Kraft, l. 8 § 5 D. h. t. 5, 2.

23) Ueber den Fall, in welchem ein unrichtiges Urtheil die Rescission des Testamentes auf Grund der Klage eines Prätendenten ausspricht, welcher nicht der nächste Intestatberechtigte ist, vgl. l. 6 § 1 D. h. t. 5, 2. Ulpianus libro 14 ad edictum: Si quis ex his personis, quae ad successionem ab intestato non admittuntur, de inofficioso egerit — nemo enim eum repellit — et casu optinuerit, non ei prosit victoria, sed his qui habent ab intestato successionem. Vgl. hierzu l. 25 § 1 D. eod., Schröder a. a. O. S. 437.

24) l. 8 § 14, l. 22 § 1 D. h. t. 5, 2.

1) Vgl. unten § 149 Anm. 2.

theil unvollständig hinterlassen war, eine selbständige Klage auf Ergänzung des Pflichttheiles — die actio ad supplendam legitimam.[2]

2. Er verfügte, daß auf den Pflichttheil gelegte Belastungen nichtig seien.[3]

3. Er erhöhte den Pflichttheil in der nov. 18 bei 4 oder weniger Berechtigten auf $^1/_3$ und bei 5 oder mehr auf $^1/_2$ der Intestatportion des Berechtigten.

4. Er verlangte endlich in der nov. 115, daß Ascendenten ihre Descendenten und Descendenten ihre Ascendenten mit einer Erbeseinsetzung beehren, und bestimmte die Unwürdigkeitsgründe, welche dem Testator freie Hand geben, speciell und kasuistisch.

II. Der Pflichttheil und das Recht auf Erbeinsetzung im gemeinen Rechte.

§ 149. 1. Pflichttheilsberechtigte Personen.

Das Pflichttheilsrecht setzt voraus:

1. ein Verwandtschaftsverhältniß. Berechtigt sind:

a) Descendenten jeden Grades, auch uneheliche Kinder gegenüber ihrer Mutter und deren Ascendenten.[1]

Existenz zur Zeit des Testamentes ist nicht erfordert. Auch zur Zeit des Todes des Erblassers erst Koncipirte haben dies Recht, selbst wenn der Testator von ihrem Vorhandensein im Mutterleibe nichts wußte.[2]

Was adoptirte Kinder anlangt, so haben unvollkommen adoptirte die Pflichttheilsrechte nur gegen ihre natürlichen Verwandten, nicht gegen den Adoptivvater, obgleich sie ihm gegenüber intestaterbberechtigt sind, adoptirte anderer Art haben, solange das Adoptionsverhältniß dauert, Pflichttheilsrecht nur gegen den Adoptivvater, nicht aber gegen ihren leiblichen Vater.[3]

---

2) l. 30, l. 31, l. 36 pr. C. h. t. 3, 28.

3) l. 32 C. h. t. 3, 28.

1) l. 4, l. 5 pr. D. h. t. 5, 2, l. 29 § 1 D. h. t.

2) l. 6 pr. D. h. t. 5, 2. Besondere Bestimmungen für den Fall des Versterbens der Mutter im Kindbett mit Hinterlassung des Kindes giebt l. 3 C. h. t. 3, 28.

3) l. 10 C. de adoptionibus 8, 47. Justinian entscheidet ausdrücklich, daß der plene adoptatus kein Pflichttheilsrecht gegen den leiblichen Vater hat. Es ist wohl nicht gerechtfertigt, diese Bestimmung, wie manche thun — insbesondere Windscheid Bd. 3 § 579 Anm. 7, Schröder a. a. O. S. 238 — um deswillen als antiquirt anzusehen, weil Justinian das Intestaterbrecht des plene adoptatus gegen den leiblichen Vater neu gestaltet und verbessert hat.

b) Ascendenten jeden Grades haben Pflichttheilsrecht gegen ihre Descendenten.[4]

c) Vollbürtige Geschwister und halbbürtige, die denselben Vater haben — consanguinei —, sind berechtigt, wenn ihnen eine bescholtene Person vorgezogen ist.[5] Halbbürtige Geschwister von der Mutter her — uterini — haben kein Pflichttheilsrecht.

2. In concreto hat nur Pflichttheilsrecht, wer ohne das Testament der nächste Intestaterbe wäre.[6]

Ist daher der nächste Intestaterbe des Erblassers nicht pflichttheilsberechtigt und der nächste pflichttheilsberechtigte Verwandte desselben nicht nächster Intestaterbe, so bestehen keine Pflichttheilsansprüche.[7]

In Folge der successio in querellam kann aber allerdings jemand, der nicht nächster Intestaterbe ist, Pflichttheilsansprüche erhalten.[8]

3. Unwürdige Personen haben keinen Anspruch.[9]

§ 150. 2. Der Betrag des Pflichttheiles.

Das alte Recht hatte den Pflichttheil uniform auf den bescheidenen Betrag eines Viertels der Intestatportion[1] gesetzt. Die Novelle 18 erhöhte ihn aber in übertriebener Weise und führte zugleich eine progressive Berechnung ein.

Das Princip der Novelle ist: wessen Intestatportion $^1/_4$ des Nachlasses oder mehr ausmacht, dessen Pflichttheil ist $^1/_3$ dieser Portion; wessen Intestatportion aber nur in $^1/_5$ des Nachlasses oder weniger besteht, dessen Pflichttheil beträgt $^1/_2$ dieser Portion.[2]

---

4) Der leibliche Ascendent hat kein Pflichttheilsrecht gegen sein in vollkommener Adoption befindliches Kind. Vgl. l. 10 C. de adopt. 8, 47, oben Anm. 3.

5) l. 27 C. h. t. 3, 28. Vgl. Schröder a. a. O. S. 257. Zu den personae turpes gehören öffentliche Dirnen. Die Verheirathung mit dem Erblasser stellt keineswegs unter allen Umständen ihren guten Ruf her, vielmehr kommt es hierbei auf die Lage des Falles an, R.G. Bd. 14 S. 187.

6) l. 6 pr. § 1 D. h. t. 5, 2.

7) Dahin gehören folgende Fälle: a) der Erblasser verstirbt mit Hinterlassung eines minus plene adoptatus und von Ascendenten oder von demselben Vater stammenden Geschwistern, ferner b) er verstirbt mit Hinterlassung vollbürtiger Neffen und eines halbbürtigen Bruders.

8) Oben § 147 Anm. 10.

9) Das nähere unten § 154.

1) Vgl. oben Bd. 3 § 147 Anm. 7.

2) Dieses Princip wurde von Schömann, Handbuch Bd. 2 S. 75 aufgestellt und namentlich von Vangerow Bd. 2 § 475 Anm. S. 259 vertheidigt.

Dies gilt nicht bloß für Kinder und für Enkel,[3] sondern auch für Ascendenten sowie Geschwister des Erblassers.[4]

Der Pflichttheil ist für jeden Pflichttheilsberechtigten gesondert aus seiner Intestatportion zu berechnen — Distributivberechnung. Er ist keineswegs, wie manche ältere annahmen, für alle Pflichttheilsberechtigten insgesammt aus dem gesammten Nachlaß auszuwerfen — Kollektivberechnung —, so daß sie sich dann in die ermittelte Summe zu theilen hätten.[5]

Für die Bestimmung der Intestatportion ist zu beachten:

a) Zur Ermittelung ihrer Höhe sind alle Personen mitzuzählen, welche Intestaterben geworden wären, wenn der Erblasser ohne Testament verstorben wäre.

Dahin gehört nicht, wer bei Lebzeiten des Erblassers gültig auf sein eventuelles Erbrecht verzichtete. Dagegen zählt mit auch der gültig Exheredirte.

Seine Einstellung mindert keineswegs den Pflichttheil immer. Sie kann vielmehr auch dessen Vergrößerung herbeiführen, nämlich

---

3) Sehr bestritten ist die Quote des Pflichttheils der Enkel. Die ältere Ansicht — vgl. Glück Bd. 7 S. 52 — sah auf die Zahl der Stämme so, daß nur beim Vorhandensein von mehr als 4 Stämmen den Enkeln die Hälfte ihrer Intestatportion als Pflichttheil zugestanden wurde. Die jetzt herrschende Ansicht dagegen berechnet für jeden einzelnen Enkel den Pflichttheil besonders und gewährt ihm als Pflichttheil stets die Hälfte seiner Intestatportion, wenn diese kleiner ist als ein Viertel des Nachlasses, Schröder a. a. O. S. 289. Außerdem bestehen Mittelmeinungen, die aber wenig konsequent sind. Vgl. übrigens Keller, Pandekten § 513.

4) Justinian handelt in der Novelle 18 zunächst von dem Pflichttheile der Kinder. Auf Descendenten beschränkte daher Julian in seinem Novellenauszug die Pflichttheilserhöhung. Und diese Beschränkung hat namentlich neuerdings Marezoll in Lindes Zeitschrift Bd. 1 n. 11 und Bd. 5 n. 12 vertheidigt. Aber gegen sie spricht die allgemeine Ausdehnungsklausel am Schlusse des cap. 1 der Novelle 18, die zu einer Beschränkung auf Enkel eine Handhabe nicht bietet. Auf die Erhöhung des Pflichttheils der Ascendenten spielt auch die nov. 89 cap. 12 § 3 an, wo hinsichtlich desselben bemerkt ist, „quam lex et nos constituimus". Vgl. Keller a. a. O., Schröder a. a. O. S. 276.

5) Die Fassung der Novelle 18 spricht allerdings zu Gunsten der Kollektivberechnung. Sie verordnet, den Kindern solle nicht bloß $^1/_4$, sondern $^1/_3$ beziehungsweise die Hälfte des Vermögens hinterlassen werden. Doch hierin ist bloß eine ungenaue Redeweise zu sehen. Justinian wollte die Höhe des Pflichttheils vermehren, keineswegs aber das bisherige Princip seiner Berechnung umstoßen. Würde doch die Kollektivberechnung unter Umständen zu höchst absonderlichen Resultaten führen. Wächter, Pandekten Bd. 2 S. 830 Anm. 6 giebt folgendes Beispiel: Der Erblasser hat 30000 im Vermögen, hinterläßt seinen Vater und 4 Brüder, setzt den Vater auf den Pflichttheil und ernennt unter Uebergehung seiner Brüder eine nicht unwürdige Person zum Erben auf das Uebrige. Hier ist der Intestaterbtheil des Vaters = 6000 und sein Pflichttheil nach der Distributivberechnung = 3000. Nach der Kollektivberechnung aber betrüge der Pflichttheil, da die Zahl der Intestaterben 5 ist, die Hälfte des Nachlasses, also 15000, und diese Summe würde, da die Brüder des Erblassers in concreto nicht pflichttheilsberechtigt, dem Vater allein als Pflichttheil anheimfallen!

dann, wenn der Exheredirte zu 4 Pflichttheilsberechtigten hinzukommt. Wäre der Exheredirte hier nicht zu zählen, so betrüge der Pflichttheil jedes einzelnen ein Drittel seiner Intestatportion, also ein Zwölftel des Nachlasses. Da er mitgezählt wird, so ergiebt sich als Intestatportion ein Fünftel, und der Pflichttheil beträgt dessen Hälfte, also ein Zehntel des Nachlasses.

Daher der Spruch: „exheredatus partem facit ad minuendam, numerum ad augendam legitimam“.[6] [7]

b) Zur Ermittelung des Werthes der Intestatportion ist die Todeszeit des Erblassers zu Grunde zu legen.[8]

Die Schätzung der Erbschaftsaktiven hat nach ihrem gemeinen Werthe zu erfolgen, Erbschaftsschulden und Beerdigungskosten sind abzuziehen. Die Kosten der Liquidation des Nachlasses bleiben außer Betracht.[9]

c) Der Pflichttheilsberechtigte kann von dem Testamentserben Vorlegung eines Inventars über den Nachlaß und eidliche Manifestation desselben fordern. Er kann diesen Anspruch in besonderer Klage geltend machen, aber auch mit der Querel oder der Pflichttheilsergänzungsklage verbinden.[10]

§ 151. 3. Die Formen der Zuwendung des Pflichttheiles.

Der Erblasser muß den Pflichttheil aus seinem Vermögen gewähren. Was er dem Pflichttheilsberechtigten aus fremdem Vermögen verschafft, kommt nicht in Betracht.[1]

---

6) l. 8 § 8 D. h. t. 5, 2. Schröder a. a. O. S. 280.

7) Mitzuzählen ist auch die arme Wittwe, da sie Erbin ist — oben Bd. 3 § 137. — Vgl. Schröder a. a. O. S. 284.

8) l. 6 C. h. t. 3, 28.

9) l. 8 § 9 D. h. t. 5, 2, R.G. bei Bolze Bd. 1 n. 1341.

10) R.G. bei Bolze Bd. 3 n. 886 und 887.

1) l. 36 § 1 b C. h. t. 3, 28. Justinianus: Repletionem autem fieri ex ipsa substantia patris, non si quid ex aliis causis filius lucratus est vel ex substitutione vel ex jure adcrescendi, puta usus fructus: humanitatis etenim gratia sancimus ea quidem omnia quasi jure adventicio eum lucrari repletionem autem ex rebus substantiae fieri. Viele verstehen unter der hier beispielsweise angeführten Substitution eine Honorirung des Pflichttheilsberechtigten durch Vulgarsubstitution, und unter dem jus adcrescendi die Vermehrung des ihm zugewendeten durch gewöhnliches Anwachsungsrecht. Hieraus leiten sie die Regel, „was der Testator zunächst einem anderen zugedacht habe, damit dieser es behalte, solle in den Pflichttheil nicht eingerechnet werden, wenn der Pflichttheilsberechtigte, sei es durch Substitution, sei es durch Akkreszenz, an dessen Stelle trete“. Man streitet dann darüber, ob diese gewiß sonderbare Regel nur auf Vermächtnisse Anwendung findet, oder, was die meisten — vom eingenommenen Standpunkte aus willkürlich — ver-

Die Zuwendung kann geschehen:

a) durch Verfügungen von Todeswegen, insbesondere durch Erbeseinsetzung und Vermächtnisse, nicht minder durch Schenkungen von Todeswegen;[2] [3]

b) durch Gewährung einer Dos, in Rom einer propter nuptias donatio und militia.[4]

Heutzutage ist die Ausstattung richtiger Ansicht nach an die Stelle getreten.[5]

c) durch Schenkungen unter Lebenden, welche mit der Bestimmung der Einrechnung in den Pflichttheil gegeben wurden.[6] [7]

In Gemäßheit des kanonischen Rechtes ist die Falcidische Quart des Testamentserben nicht in sein Pflichttheil einzurechnen. Es liegt hierin eine bedeutende Erweiterung der Rechte der Pflichttheilsberechtigten, welche die gemeinrechtliche Praxis recipirt hat.[8]

---

neinen, auch auf Erbeseinsetzungen. Vgl. Vangerow Bd 2 § 476 S. 262, Schröder a. a. O. S. 314. Wie aber Justinian in der l. 36 § 1 b C. cit. auf jene angebliche Regel gekommen sein soll, bleibt unerklärlich. Justinian will ja nur Beispiele für den Satz geben, daß der Testator den Pflichttheil aus eigenem Vermögen gewähren müsse. Hiernach müssen wir denn auch seine Beispiele konstruiren. Bei der „substitutio" wird man vorzugsweise an ein dem Erblasser gehörendes Familienfideikommiß zu denken haben, in welches ihm seine Familienglieder substituirt sind und das er auf Grund des ihm zustehenden Wahlrechtes einem seiner Kinder auf dessen Pflichttheil zuweisen will. Vgl. oben Bd. 3 § 114 Anm. 5. Verwandte Erklärungen geben Brinz Bd. 3 § 405 Anm. 16 und Windscheid Bd. 3 § 581 Anm. 7. Bei dem jus adcrescendi ist an einen Zuwachs des Nießbrauchs gedacht, also eines Rechtes, welches zum Vermögen des Erblassers zur Zeit seines Todes nicht gehörte.

2) § 6 I. de inofficioso testamento 2, 18.

3) Auch was der Pflichttheilsberechtigte auf Grund einer letzwilligen Verfügung des Testators condicionis implendae causa erhält, ist richtiger Ansicht nach einzurechnen. Hierfür spricht l. 8 § 10 D. h. t. 5, 2, l. 3 § 19 D. de bon. libert. 38, 2. Anders die herrschende Meinung, welcher neuerdings auch Schröder a. a. O. S. 329 folgt. Dort siehe die Litteratur.

4) l. 29 C. h. t. 3, 28, l. 30 § 2 C. eod. Vgl. Schröder a. a. O. S. 307.

5) Seuffert, Archiv Bd. 25 n. 24. Die derzeit herrschende Ansicht stimmt hiermit nicht überein.

6) l. 25 pr. D. h. t. 5, 2, l. 35 § 2 C. h. t. 3, 28. Daß alles, was zu konferiren sei, in das Pflichtheil eingerechnet werden müsse, verwirft l. 20 § 2 C. de collationibus 6, 20. Vgl. Arndts § 594 Anm. 3.

7) Zuwendungen unter Lebenden, welche in den Pflichttheil eingerechnet werden müssen, weil sie eben wie aus der Erbschaft hinterlassen behandelt werden, andererseits dem Erbvermögen zugerechnet werden, um den Werth der Intestatportion und den Betrag des schuldigen Pflichttheils zu bestimmen. Unger, System Bd. 6 § 81 Anm. 11, Windscheid Bd. 3 § 581 Anm. 3.

8) cap. 16, 18 X. de testamentis 3, 26; Seuffert, Archiv Bd. 5 n. 41, Bd. 13 n. 106; Windscheid Bd. 3 § 652 Anm. 5, Schröder a. a. O. S. 502.

§ 152. 4. Pflicht der Erbeseinsetzung von Descendenten und Ascendenten.

Gemäß der Novelle 115 muß der Testator nicht bloß seine pflichttheilsberechtigten Descendenten und Ascendenten mit ihrem Pflichttheil bedenken, er muß sie vielmehr auch durch Einsetzung als Erben ehren.[1]

Damit ist nicht gemeint, daß er sie auf ihren vollen Pflichttheil zu Erben einsetzen müßte. Es genügt vielmehr Erbeinsetzung auf ein Minimum, wenn der Pflichttheil nur anderweit gewährt ist. Erbeinsetzung auf eine bestimmte Sache oder Summe ist gleichfalls ausreichend, wie die Novelle ausdrücklich erklärt.[2]

Streitig ist die Behandlung bedingter Erbeseinsetzungen, da hierüber die Novelle nichts bestimmt. Das richtige ist, daß Erbeseinsetzung unter einer Potestativbedingung ausreicht,[3] daß andere Bedingungen dagegen wie nicht zugefügt gelten.[4]

Das Gebot Justinians, Descendenten und Ascendenten mit einer Erbeseinsetzung zu ehren, war schon zu Justinians Zeit ein Anachronismus. Bestanden doch schon in der christlichen Kaiserzeit keine bestimmten Wortformen mehr für die Erbeseinsetzung, in deren Gebrauch man etwa eine besondere Ehrenerweisung für den Honorirten hätte sehen können. Vollends in Deutschland aber fehlt jede Empfindung dafür, daß die Ernennung als Erbe eine besondere Ehre bilde.

In der Praxis half man sich über das unbegreifliche der Vorschrift und ihre Härten dadurch hinweg, daß man in jeder letztwilligen Zuwendung an den Descendenten oder Ascendenten im Zweifel eine Erbeseinsetzung, eventuell auf eine bestimmte Sache, sah[5] und annahm, daß der Vorschrift der Novelle damit

---

1) nov. 115 cap. 3 und 4, cap. 5.

2) nov. 115 cap. 5 pr.: Si vero heredes nominati fuerant, etsi certis rebus contenti esse jubeantur, hoc quidem casu testamentum non subverti praecipimus: quod vero illis minus legitima parte relictum est hoc secundum alias nostras leges ab heredibus expleatur. Una est enim serenitatis nostrae cura, ut injuriam praeteritionis et exheredationis parentum et liberorum tollamus.

3) So Bangerow Bd. 2 § 484 S. 284. Windscheid Bd. 3 § 588 Anm. 6 will dies nur für die „auf den nackten Willen" gestellten gelten lassen.

4) Das ist analog der Vorschrift der l. 32 C. de inofficioso test. 3, 28 anzunehmen. Auch das R.G. Bd. 17 S. 124 hat sich hierfür erklärt. Andere erachten bedingte Erbeseinsetzungen für nichtig. Die Litteratur siehe bei Windscheid Bd. 3 § 588 Anm. 4.

5) Von Einfluß auf die gemeinrechtliche Praxis waren, wie so oft, die kursächsischen Konstitutionen von 1572, welche p. III const. 9 zwar die Erbeseinsetzung

Genüge geleistet sei.[6]

Bei Erbverträgen glaubt man von der Verpflichtung, die Descendenten und Ascendenten zu Erben einzusetzen, ganz absehen zu können.[7]

§ 153. 5. Die Enterbungsgründe.

1. Die Novelle 115 hat die Gründe, welche den Erblasser berechtigen, seinen Descendenten und seinen Ascendenten den Pflichttheil und die Ehre der Erbeinsetzung zu versagen — die s. g. Enterbungsgründe —, genau specialisirt. Es sind 14 bezüglich der Ausschließung der Descendenten und 8 hinsichtlich der Ascendenten.[1] Sie beruhen

---

der Kinder und der Eltern forderten, aber zufügten, „jedoch, wenn der Erblasser in seinem Willen verba communia und solche Worte gebrauchte, die sich zur Einsetzung eines Erben ziehen möchten, so soll es soviel sein, als wären die Kinder oder die Eltern damit direkt zu Erben verordnet und eingesetzt. Und obwohl die Rechtslehrer weitläufig davon handeln, welche Worte solcher Kraft und Wirkung sein möchten, dennoch sind unsere verordnete dessen einig, daß im Zweifel die verba communia pro institutione directa gehalten werden, damit die Testamente, so an sich selbst favorabilia sein, bei Kräften erhalten werden." Allerdings kommen Entscheidungen vor, in denen Testamente für ungültig erklärt werden, weil die legitima nicht titulo institutionis hinterlassen sei. So bei Stryk, usus modernus lib. 28, 2 § 5. Andererseits fehlte es aber nicht an Schriftstellern, welche geradezu leugneten, daß die Novelle eine Erbeseinsetzung fordere. Hierüber bemerkt Leyser, med. spec. 356 med. I: Sed parum abest, quin tota haec disputatio in logomachiam abeat. Si ipsi quippe qui heredis institutionem requirunt addunt, vocem heredis et hereditatis non desiderari, sed verba qualiacunque sufficere et ad heredis institutionem trahi. Ita vero raro et fere nunquam continget ut filius, cui quid in testamento patris relinquitur heres in eo institutus dici nequeat. Siehe weiter Leyser a. a. O. med. 3 und 9.

6) In unserem Jahrhundert erst pflegen die Romanisten die Vorschriften der Novelle vorzutragen, ohne auf deren innere Hohlheit aufmerksam zu machen und ohne auf die seit Jahrhunderten bestehende deutsche Praxis hinzudeuten. Daher konnte selbst Wächter, Vorlesungen Bd. 2 S. 841 lehren: Wenn der Erlasser sagt: „meine Tochter setze ich zur Erbin ein, sie soll aber meinem Sohn doppelt soviel, als sein Pflichttheil beträgt, als Vermächtniß geben", so ist der Sohn nicht rite instituirt. Würde aber der Erblasser sagen: „meine Tochter setze ich zur Erbin ein, mein Sohn soll mein Reitpferd erben, und meine Tochter soll ihm, was zum Pflichttheil fehlt, noch als Vermächtniß zahlen", so ist rite testirt. Die alten gemeinrechtlichen Juristen hätten in beiden Fällen eine Einsetzung ex re certa unterstellt, und das war praktisch und vernünftig. — Daß man sich auch in Griechenland noch mit der Einsetzungspflicht gemäß Harmenopulos und den Basiliken abquält, darüber vgl. Hofmann, kritische Studien S. 208.

7) R.G. Bd. 11 S. 216.

1) Die Enterbungsgründe sind in der Novelle 115 zum Theil ungeschickt und zweideutig formulirt. Vieles ist daher streitig, z. B. bei manchen Enterbungsgründen, ob sie bloß Söhne oder auch Töchter treffen sollen. Das folgende bezweckt eine kurze Skizzirung der einzelnen Gründe zur Uebersicht. Eine genaue Fixirung ihres juristischen Thatbestandes würde umständliche Erörterungen fordern, die hier zu weit führen würden. Als enterbungswürdige Vergehen der Descendenten sind bezeichnet: 1. Thätlichkeiten gegen die Eltern; 2. schwere Beleidigung und 3. Erhebung von peinlichen Anklagen gegen dieselben, ausgenommen wegen Majestätsbeleidigung und Landesverrath; 4. Affiliirung in einer Giftmischerbande; 5. Lebensnachstellung

theils in Vergehen gegen die Person des Erblassers, theils in sonstigem Unrecht. Eine Vermehrung der Gründe ist unstatthaft, extensive Interpretation aber unumgänglich.[2]

Alle setzen Verschuldung voraus, Verzeihung des Erblassers vor der Errichtung seines Testamentes beseitigt ihre Kraft.[3]

Die Ausschließung der Descendenten und Ascendenten ist dadurch bedingt, daß der Enterbungsgrund im Testamente ausdrücklich angeführt wurde,[4] und daß er im Streitfalle vom Testamentserben bewiesen wird. Eine ausdrückliche Enterbung ist dagegen nicht erfordert.

2. Die Gründe, aus denen der Erblasser seinen Geschwistern den Pflichttheil versagen darf, sind nicht gesetzlich normirt. Das richterliche Ermessen hat daher über deren Würdigkeit frei zu befinden.[5]

3. S. g. Enterbung in guter Absicht — exheredatio bona mente —[6] ist zulässig, d. h. der Erblasser kann die Erbeseinsetzung seiner Notherben und die Zuwendung des Pflichttheiles an sie dann

---

gegen die Eltern; 6. Beischlaf des Sohnes mit seiner Stiefmutter oder der Konkubine seines Vaters; 7. kalumniose Angeberei der Eltern zu deren schwerem Schaden durch den Sohn; 8. Weigerung der männlichen vermögenden Descendenten, durch Bürgschaft ihre Ascendenten einer Gefängnißhaft zu entledigen; 9. Verhinderung der Ascendenten am Testiren; 10. Gewerbe als Gaukler oder Schauspieler wider Willen der Eltern, wenn diese nicht demselben Beruf zugehören; 11. unsittlicher Lebenswandel der Tochter; sie ist entschuldigt, wenn die Eltern für keine passende Ehe bis zu ihrem 25. Jahr sorgten und sie dann liederlich wird; 12. Verlassen der Eltern in Geisteskrankheit; 13. Nichtloskauf der Ascendenten aus Gefangenschaft durch Descendenten, die mindestens 18 Jahre alt sind; 14. Ketzerei. Enterbungswürdige Vergehen der Ascendenten sind: 1. Anzeige der Descendenten wegen todeswürdiger Verbrechen, ausgenommen wegen Majestätsbeleidigung; 2. Nachstellung nach dem Leben des Descendenten; 3. Beischlaf mit der Ehefrau oder der Konkubine des Sohnes; 4. Verhinderung des Descendenten am Testiren; 5. Vergiftung der eigenen Ehefrau; 6. Vernachlässigung des Descendenten in Geisteskrankheit; 7. Unterlassen seines Loskaufs aus der Gefangenschaft; 8. Ketzerei. — Der Enterbungsgrund der Ketzerei ist natürlich antiquirt. Vgl. überhaupt Buchholtz in seinen juristischen Abhandlungen 1833 Abh. 6, Mühlenbruch bei Glück Bd. 37 S. 140.

2) Nov. 115 cap. 3 pr. Eine extensive Interpretation hat z. B. R.G. Bd. 15 S. 165 vorgenommen.

3) Die nach Errichtung des enterbenden Testamentes erfolgte Verzeihung hebt dasselbe nicht auf. Es bedarf vielmehr der Zurücknahme des Testamentes in den gewöhnlichen Formen, R.G. Bd. 15 S. 167, Bangerow Bd. 2 § 484 S. 288. Anders Windscheid Bd. 3 § 590 Anm. 16.

4) Es ist zulässig, im voraus für den Fall, daß künftig ein gewisser Enterbungsgrund eintreten wird, eine Enterbung auszusprechen.

5) Vgl. Schröder a. a. O. S. 349. Auch den Geschwistern gegenüber hat der Testamentserbe die behauptete Unwürdigkeit nach richtiger Ansicht zu beweisen.

6) l. 18 D. de liberis et postumis 28, 2. Ulpianus libro 57 ad edictum: Multi non notae causa exheredant filios nec ut eis obsint, sed ut eis consulant, ut puta impuberibus eisque fideicommissam hereditatem dant. l. 12 § 2 D. de bon. libert. 38, 2, l. 25 C. h. t. 3, 28.

unterlassen, wenn dies im Interesse des Pflichttheilsberechtigten selbst oder seiner Familie liegt. Dies namentlich im Falle der Ueberschuldung des Pflichttheilsberechtigten oder übermäßigen Hanges zur Verschwendung. Die zu seinem Lebensunterhalte erforderlichen Einkünfte seines Pflichttheiles müssen ihm nothwendig zugewendet werden.[7]

§ 154. 6. Die Querel nach der Novelle 115.

Bis zur Novelle 115 hatte der schlechthin übergangene Pflichttheilsberechtigte die querella inofficiosi testamenti gegen das inofficiöse Testament. Eine große Frage aber ist, inwieweit dies auch nach der Novelle noch der Fall ist?

1. Den Geschwistern ist zweifellos die Querel geblieben, denn ihr Verhältniß wurde durch die Novelle 115 nicht berührt.

2. Was aber sind die Folgen, wenn der Ascendent seinen Descendenten, der Descendent seinen Ascendenten pflichtwidrig nicht zum Erben eingesetzt hat, was praktisch in der Regel damit zusammenfällt, daß er ihm auch materiell nichts zugewendet hat.[1]

Die Novelle bestimmt, daß, soweit die Intestatportion des Pflichttheilsberechtigten reicht, die testamentarischen Erbeseinsetzungen kraftlos werden, während andere letztwillige Anordnungen, insbesondere Legate zu Gunsten Dritter, bestehen bleiben, soweit sie das Pflichttheil nicht verkürzen.

Sind aber die gesetzwidrigen Erbeseinsetzungen nichtig oder bloß inofficios?

Es giebt drei Hauptsysteme, das Nullitätssystem, das gemischte System und das Inofficiositätssystem, daneben noch Spielarten.[2]

a) Die Vertheidiger des Nullitätssystems nehmen Nichtigkeit der Erbeseinsetzungen an. Sie berufen sich auf einzelne

---

7) Allerdings erwähnt die Novelle 115 diesen Enterbungsgrund nicht, weshalb ihn viele nach dem neuesten Rechte bei Descendenten und Ascendenten als unzulässig ansehen. Aber die Novelle hat diese Art der Enterbung überhaupt nicht berühren wollen, vielmehr nur die wegen Pflichtwidrigkeit geregelt. Die Enterbung in guter Absicht ist daher nicht beseitigt. Vgl. K. Schmidt im Archiv für civ. Praxis Bd. 54 n. 18, Schröder a. a. O. S. 354.

1) Dies um deswillen, weil man im Zweifel jede Zuwendung an den Pflichttheilsberechtigten als Erbeseinsetzung zu interpretiren hat, oben Bd. 3 § 152.

2) Die Litteratur über die Frage ist unerschöpflich. Vgl. über sie u. a. Francke a. a. O. S. 366, Vangerow Bd. 2 § 485.

Wendungen der Novelle, denen aber andere entgegenstehen, die zu einem anderen Resultate führen. Vorzugsweise gründen sie aber die Nichtigkeit darauf, daß die Novelle eine Form vorschreibe, und daß die Verletzung von Formvorschriften regelrecht Nichtigkeit im Gefolge habe. Diese Argumentation ist unzutreffend. Es handelt sich keineswegs um eine Form der Willenserklärung, für welche jene Regel aufgestellt ist, sondern um eine besondere Art der Willensbestimmung, also um eine s. g. Rechtsform.

Die Anhänger dieses Systems sind nur konsequent, wenn sie absolute Nichtigkeit annehmen.[3] Diese müßte jedem Interessenten zu gute kommen, insbesondere, wenn der Pflichttheilsberechtigte vor dem Testator stürbe oder verzichtete, auch dem entferntesten Intestaterben.[4] Das wäre aber gewiß ein höchst verkehrtes Resultat, ein unerträglicher Rückschritt.

Daher entschieden sich viele für beschränkte Nichtigkeit, welche nach einigen eintritt, wenn der Notherbe den Testator überlebt,[5] nach anderen, wenn er erklärt, von seinem Rechte Gebrauch machen zu wollen,[6] und nach einer dritten Ansicht überhaupt nur zu Gunsten des Notherben.[7]

Alle diese Auffassungen sind ohne positive Unterlage; sie sind gleich willkürlich.

b) Nach dem gemischten Systeme soll Nichtigkeit eintreten, wenn das Testament keinen Enterbungsgrund anführt, denn dann sei die Form verletzt, Inofficiosität und Querel dagegen, wenn der Enterbungsgrund angeführt, die Form also gewahrt sei, und nur die Richtigkeit des Grundes bestritten werde.[8]

Auch für diese Distinktion giebt die Novelle keinen Anhalt.

c) Das Inofficiositätssystem endlich betrachtet die Nichtachtung der Vorschrift der Novelle 115 als Pflichtwidrigkeit und ge-

---

3) Das Nullitätssystem wurde schon von Martinus vertheidigt. Dem absoluten Nullitätssystem huldigen unter den neueren Bangerow Bd. 2 § 485 S. 293, Schmidt a. a. O. S. 176. — Nichtigkeit nimmt auch an R.G. Bd. 11 S. 232.

4) Die Klage der Novelle wäre also die gewöhnliche hereditatis petitio ab intestato. Sie ginge gegen jeden, welcher Nachlaßsachen pro herede oder pro possessore besitzt, also keineswegs bloß gegen den Testamentserben. Sie vererbte sich unbedingt und könnte erst in 30 Jahren verjähren.

5) Mühlenbruch bei Glück Bd. 37 S. 255.

6) Francke a. a. O. S. 382.

7) Arndts § 599.

8) Das gemischte System billigte die Glosse, es herrschte lange in der Praxis, neuerdings hat es noch Puchta, Pand. § 493 vertreten.

währt daher die Querel.[9] Dies System allein ist in Harmonie mit der Novelle. Denn diese will das Pflichttheilsrecht verstärken und betrachtet die Nichthonorirung des Notherben durch Erbeseinsetzung als Beleidigung. Die solchen Beleidigungen entgegentretende Klage ist die Querel. Auch von Rescission des Testamentes ist in der Novelle die Rede, was nur zur Querel paßt.

Die Querel ist auch das zweckmäßigere Rechtsmittel. Daß sie nur dem Pflichttheilsberechtigten zusteht, höchstpersönlich und kurz verjährbar ist, namentlich aber, daß sie nur gegen den Testamentserben geht, dies alles entspricht dem Wesen des Verhältnisses.

§ 155. 7. Partielle Verletzung des Pflichttheiles.

1. Der Notherbe, welcher nur im Betrage seines Pflichttheiles verkürzt ist, hat die Ergänzungsklage — actio ad supplendam legitimam.[1]

Diese Klage ist nicht auf den Gedanken einer Beleidigung gegründet. Sie ist also nicht höchstpersönlich, vielmehr unbedingt vererblich und wird nicht durch Anerkennung des Testamentes seitens des Pflichttheilsberechtigten beseitigt. Wer mit ihr unterliegt, gilt nicht als unwürdig, etwas aus dem Testamente zu empfangen, behält also, was ihm hinterlassen ist.

Die Klage geht gegen die Testamentserben. Sind dieselben selbst pflichttheilsberechtigt, so haben sie nur insoweit beizutragen, als ihnen etwas über ihre Intestatportion zugewendet ist.[2]

2. Der Pflichttheil ist lastenfrei zu hinterlassen.

Beschränkungen, insbesondere Bedingungen, Auflagen, Nachvermächtnisse sind, soweit sie den Pflichttheil belasten, wie nicht geschrieben, nichtig.[3]

Zulässig ist die s. g. cautela Socini,[4] wonach dem Pflichttheilsberechtigten etwas über den Betrag seines Pflichttheiles zugewendet wird, unter der Bedingung, daß er sich eine, die ganze Zuwendung betreffende Beschränkung gefallen läßt.

---

9) Das Inofficiositätssystem wurde von Donellus und Cujacius angenommen. Für dasselbe ist neuerdings Brinz Bd. 3 S. 107 und Windscheid Bd. 3 § 591.

1) § 3 J. h. t. 2, 18, l. 30 pr., l. 36 pr. § 1 b C. h. t. 3, 28.

2) Francke a. a. O. S. 334, dagegen Arndts § 596 Anm. 2 will die Klage auch gegen Notherben zugestehen, welche mehr als ihren Pflichttheil erhielten.

3) l. 32 C. h. t. 3, 28.

4) Die Klausel wird nach dem italienischen Juristen Marianus Socinus dem Jüngeren aus Siena, gest. 1556, genannt, welcher einer ihrer Vertheidiger war. Vgl. über die Klausel Schröder a. a. O. S. 377.

§ 156. 8. Das Pflichttheilsrecht und die Geschäfte unter Lebenden.[1]

Der Pflichttheil darf nicht durch Geschäfte von Todeswegen angetastet werden.[2] Dagegen ist der künftige Erblasser in seinen Geschäften unter Lebenden durch die Rücksicht auf seine Pflichttheilserben nicht behindert.

Dies ließ sich aber nicht uneingeschränkt festhalten, da sonst der Erblasser durch Schenkungen unter Lebenden, sowie durch Dosbestellungen den Anspruch der Pflichttheilsberechtigten illusorisch machen konnte. Daher schuf man die querella inofficiosae donationis und dotis.

Es ist bestritten, ob diese Klagen die fraudulose Absicht der Verkürzung des Pflichttheiles voraussetzen, oder ob jede objektive Verkürzung des Pflichttheiles genügt.

Für das letztere scheint zu sprechen, daß auch für die querella inofficiosi testamenti schließlich nur die objektive Verletzung das maßgebende war, und daß unsere Rechtsmittel der Querel analog gebildet sind.

Aber die Analogie ist keine durchgreifende. Bei unseren Rechtsmitteln handelt es sich um etwas außerordentliches, einen Uebergriff über das eigentliche Gebiet des Pflichttheilsrechtes hinaus, gleichsam um eine Nothwehr des Rechtes gegen dolose Umgehungen.[3]

---

1) Tit. Cod. de inoff. don. 3, 29, de inoff. dot. 3, 30. Breidenbach, z. L. v. d. Rescission pflichtwidriger Schenkungen im Archiv f. civ. Praxis Bd. 27 n. 14, Bd. 28 n. 2; Fitting ebendaselbst Bd. 50 n. 4; Stammler, z. L. v. d. querella inofficiosae donationis im Archiv f. prakt. Rechtswissenschaft n. F. Bd. 8 S. 192; vgl. ferner die bei Arndts § 597 Anm. 1 citirten Schriftsteller.

2) Zu den Verfügungen von Todeswegen gehören auch in dieser Hinsicht die Schenkungen auf den Todesfall. Fitting im Archiv f. civ. Praxis Bd. 50 n. 4.

3) In diesem Sinne ist das Rechtsmittel geschaffen l. 87 § 3 D. de leg. II. Imperator Alexander Augustus Claudiano Juliano praefecto urbi: Si liquet tibi Juliane carissime aviam intervertendae inofficiosi querellae patrimonium suum donationibus in nepotem factis exinanisse ratio deposcit id quod donatum est, pro dimidia parte revocari. Ebenso l. 1 C. h. t. 3, 29: „si mater vestra ad deludendam querellam paene universas facultates suas . . exhausit". l. 8 C. eod.: „si liqueat matrem tuam intervertendae quaestionis inofficiosi causa patrimonium exhausisse". Vat. fragmenta § 270. Wenn in anderen Stellen der dolosen Absicht nicht besonders gedacht ist, so ist dies sicherlich kein Widerspruch. Es handelt sich um Reskripte, welche die Lehre nicht erschöpfen sollten, vielmehr im gegebenen Falle streitige Punkte erledigten. Anderer Ansicht freilich Bangerow Bd. 2 § 482 S. 279, Windscheid Bd. 3 § 586 Anm. 10. Für die hier vertretene Ansicht sind Brinz Bd. 3 § 405 Anm. 45, Schröder a. a. O. S. 515. Gewiß ist auch von Gewicht, daß die actio Faviana und Calvisiana, welche das Pflichttheilsrecht des Patrons sichern sollten, gleichfalls Dolus des schenkenden Liberten forderten. Daß die Betonung der subjektiven Seite mit den allgemeinen Anschauungen der Römer übereinstimmt, wird niemand verkennen.

1. Die Voraussetzungen der querella inofficiosae donationis sind:

a) objektiv eine Schmälerung des Pflichttheiles, wie es sich zur Zeit der Vornahme der Schenkung gestalten würde.[4] Zweifelhaft ist, wie es sich bei mehreren successiv sich folgenden Schenkungen verhalte.[5]

Es ist dann die Zeit der ersten Schenkung zu Grunde zu legen und danach die den Notherben zu reservirende Summe festzustellen. Solange sich eine Schenkung innerhalb dieses Betrages hält, ist sie gültig. Folgen andere Schenkungen oder letztwillige Anordnungen,[6] die ihn antasten, so sind sie hinfällig. Es tritt also nicht etwa Zusammenrechnung der Schenkungen und verhältnißmäßige Reduktion derselben ein.

b) Der Schenker muß dolos gegen den Pflichttheilserben gehandelt haben. Das ist nicht der Fall, wenn er auch den Pflichttheilserben entsprechend beschenkt hat.

c) Die Verletzung darf nicht wieder ausgeglichen sein.[7] Dies kann mittels späteren Erwerbes von Vermögen durch den Erblasser nach der Schenkung[8] oder mittels letztwilliger Zuwendungen geschehen.[9]

2. Die Klage steht zu:

a) jedem verletzten Pflichttheilsberechtigten, vorausgesetzt natürlich, daß er die Verkürzung nicht durch sein Benehmen verdient hat. Ob der Erblasser mit Hinterlassung eines Testamentes verstarb oder nicht, ist für diese Klage irrelevant.

b) Sie geht nur gegen den Beschenkten und dessen Erben. Soweit der Beschenkte am Dolus keinen Theil hatte, ist er nur zur Erstattung seiner Bereicherung verbunden.[10]

---

4) l. 7 C. h. t. 3, 29, fragm. Vat. § 280.

5) Vgl. Windscheid Bd. 3 § 586 Anm. 6.

6) Nov. 92.

7) l. 8 § 1 C. h. t. 3, 29 fordert „consilium et eventus".

8) Natürlich gebührt dem Notherben auch von der späteren Vermehrung des Vermögens des Erblassers der Pflichttheil. Hat also ein Vater von 5 Kindern, welcher 8000 im Vermögen hat, hiervon 5000 verschenkt und später 1000 neu erworben, so ist die Verletzung nicht vollständig ausgeglichen. Die Kinder können vielmehr noch vom Beschenkten je 100 fordern. Nur wenn der Vater mindestens 2000 hinzu erwirbt, wäre die durch die Schenkung entstandene Verletzung vollständig beseitigt. — Nachträglicher Erwerb des Erblassers, welchen er vor seinem Tode wieder verliert, beseitigt die Verletzung nicht. Schröder a. a. O. S. 523.

9) Nov. 92 cap. 1.

10) Die bezüglichen Fragen sind bestritten. Manche wollen die Klage selbst gegen dritte Besitzer der geschenkten Sache zugestehen.

c) Zweck ist nicht Rescission der ganzen Schenkung, vielmehr nur Erfüllung des Pflichttheiles des Klägers.[11]

d) Entsprechend der querella inofficiosi testamenti verjährt die Klage in 5 Jahren,[12] ist subsidiär[13] und wird durch jede Anerkennung der Schenkung ausgeschlossen.[14 15]

3. Wie die pflichtwidrige Schenkung ist eine Dotirung und nach heutigem Rechte jede Aussteuer zu behandeln.

4. Der Schenker selbst ist befugt, Schenkungen wegen Nachgeburt von Kindern insoweit anzufechten, als deren Pflichttheil durch die Schenkung verkürzt ist. Es ist dies ein selbständiges Rechtsmittel.[16]

Sechster Abschnitt.

Der Eintritt des Erbfalles.

Erstes Kapitel.

Schutzmaßregeln zu Gunsten der Erbinteressenten.

§ 157. Eröffnung des Testamentes, Einsichtnahme desselben.[1]

1. Schwere Strafen verpflichteten in Rom jeden, nach erlangter Kunde von dem Tode des Erblassers sofort die in seinem Besitze befindlichen Testamentsurkunden und Kodicille desselben dem Gerichte

---

11) Viele Schriftsteller vertheidigen Rescission der ganzen Schenkung mindestens auf den Betrag der Intestatportion des Klägers. So Breidenbach a. a. O. Man stützt sich hierfür auf die Analogie der querella inofficiosi testamenti, aber diese ist keine durchgreifende; ferner auf die oben Anm. 3 abgedruckte l. 87 § 3 D. de leg. II; es läßt sich auch nicht leugnen, daß diese Stelle auf einen derartigen Umfang der Rescissionsklage hindeutet, aber man hielt hieran nicht fest, wie namentlich aus l. 8 pr. C. h. t. 3, 29, l. un C. de inoff. dot. 3, 30 und nov. 92 cap. 1 hervorgeht. Siehe Schröder a. a. O. S. 533.

12) l. 9 in fine C. h. t. 3, 29.

13) l. 4 C. h. t. 3, 29.

14) l. 6 C. h. t. 3, 29.

15) Die Behauptung, daß die querella inofficiosae donationis aktiv unvererblich sei, — z. B. von Schröder a. a. O. S. 544 — ist ungegründet. Ein Quellenzeugniß existirt für sie nicht. Der Charakter der Klage als Dolusklage führt zur Annahme der Vererblichkeit der Klage.

16) l. 5 C. h. t. 3, 29. Der Sinn dieser Stelle ist freilich sehr bestritten. Vgl. Bangerow Bd. 2 § 482 S. 280, Windscheid Bd. 3 § 586 Anm. 15. Anderer Ansicht Arndts § 597 Anm. 5.

1) Tit. Dig. testamenta quemadmodum aperiantur, inspiciantur et descri-

des Ortes auszuhändigen.[2] Das Gericht hatte dann unmittelbar zur Vorladung der Testamentszeugen und in deren Gegenwart zur Entsiegelung und öffentlichen Verkündung der letztwilligen Verfügung zu schreiten. Nach der Publikation pflegte es die Urkunde im Gerichtsarchiv zu deponiren.[3]

Das gemeine Recht kennt jene Strafen nicht mehr, und es ist damit auch die allgemeine Regel gerichtlicher Eröffnung und Verkündung der letztwilligen Verfügung weggefallen.

Dennoch ist amtliche Publikation häufig. Sie hat vor allem bezüglich gerichtlicher sowie notarieller Testamente und Kodizille stattzufinden, welche im Depositum des Gerichtes oder Notares blieben, sofern sie der Erblasser nicht verboten hat, ferner, wenn der Erblasser besondere Vorsorge für die Publikation traf, endlich auf Antrag eines Interessenten, insbesondere des Inhabers der Urkunde, welchem an der Konstatirung der Unversehrtheit der Urkunde durch die amtliche Eröffnung gelegen ist.

2. Testamente und Kodizille sind zwar Eigenthum des Erben, dennoch aber in dem Sinne Gemeingut aller, die in denselben honorirt sind,[4] daß diese ein Recht auf deren Erhaltung und zu deren Einsicht haben. Daher ist, wer ein Interesse dabei zu haben meint, befugt, mit dem interdictum de tabulis exhibendis ihre Vorlegung zur Einsicht bei Gericht von deren Inhaber und namentlich auch von dem Erben selbst zu fordern.[5]

Verweigert der Beklagte ungehorsamerweise die Einsicht, oder hat er die Urkunde dolos vernichtet oder verbracht, so hat er dem Kläger sein volles Interesse zu ersetzen, welches der Richter nach freier Ueber-

---

bantur 29, 3, Cod. 6, 32. Mühlenbruch bei Glück Bd. 43 S. 368; Keller, Institutionen S. 287.

2) Wer das Testament oder Kodicill nicht vorlegte, verfiel nämlich, wenn er es dolos zurückhielt, der lex Cornelia de falsis, l. 2 D. de lege Cornelia de falsis 48, 10, Paul. sent. IV, 7 §§ 3—5.

3) Die Testamentszeugen, oder wenigstens der größere Theil derselben, waren zu laden. Sie hatten ihre Siegel anzuerkennen. Es wurde dann das Testament in ihrer Gegenwart eröffnet und publicirt, l. 4—12 D. h. t. 29, 3, Paul. sent. IV, 6 § 1. Genaue Vorschriften über die Publikation enthielt die lex Julia vicesimaria de testamentis, d. h. über die Erbschaftssteuer von 5%.

4) l. 2 pr. D. h. t. 29, 3. Ulpianus libro 50 ad edictum: Tabularum testamenti instrumentum non est unius hominis hoc est heredis sed universorum, quibus quid illic adscriptum est: quin potius publicum est instrumentum.

5) l. 1 pr. D. de tabulis exhibendis 43, 5. Demelius, die Exhibitionspflicht S. 231 führt mit Recht aus, daß das Petitum der Vorlegung der Testamentsurkunde, welche der Gegner inne hat, schon durch die bloße Behauptung, Interessent zu sein, gerechtfertigt wird, daß es hierzu also des „Wahrscheinlichmachens" einer Honorirung nicht bedarf.

zeugung entsprechenden Falles auf Grund einer einseitigen eidlichen Versicherung des Klägers feststellt.[6]

§ 158. Fürsorge des Gerichtes für den Nachlaß und den Erben.

Schon in Rom gewährte der Richter dem Nachlaß und dem künftigen oder vermuthlichen Erben seinen Schutz; weit durchgreifender aber ist die richterliche Fürsorge nach gemeinem Rechte.

Dieselbe liegt vorzugsweise dem Nachlaßgerichte ob, d. h. dem Gerichte des letzten Domiciles des Erblassers.

1. Gemäß deutscher Gewohnheit schreitet das Gericht zur Beschlagnahme des Nachlasses, insbesondere zur Versiegelung der hinterlassenen Mobilien desselben, wenn der Erbe abwesend, minderjährig oder ungewiß und streitig ist.[1]

2. Schon das römische Recht kennt die Ernennung eines Nachlaßkurators in Fällen, in welchen der Erbe noch nicht antrat oder streitig ist. Diese Bestellung geschieht nach gemeinem Rechte in allen Fällen des Bedürfnisses, sei es auf Anzeigen von Erbschaftsgläubigern oder anderen Interessenten, sei es ohne Antrag eines Betheiligten.

In Rom hatte der Nachlaßkurator eine enge Vollmacht. Denn sie beschränkte sich auf die Obhut des Nachlasses und auf Berichtigung dringender Schulden. Gemeinrechtlich hat eine rationelle Praxis die Vollmacht des Nachlaßkurators sehr erweitert. Man pflegt ihm selbst die Veräußerung der Substanz des Nachlasses unter obrigkeitlicher Genehmigung zu verstatten.[2]

3. Es ist vielfach in Uebung, daß das Nachlaßgericht dem, welcher, wie gerichtsbekannt, der nächste Intestaterbe ist, eine Erbbescheinigung ausstellt. Dieselbe ermächtigt namentlich zu Verfügungen beim Grundbuch über die auf den Namen des Erblassers stehenden Sachen und Rechte.[3]

---

6) In Rom hatte der Kläger ein Recht auf jusjurandum in litem. Ueber das heutige Recht vgl. oben Bd. 2 § 45 Anm. 14.

1) Mühlenbruch bei Glück Bd. 41 S. 363.

2) Siehe oben Bd. 3 § 61.

3) Das Gesetz vom 12. März 1869 hat die Erbbescheinigungen für die gesammte preußische Monarchie geregelt, vgl. mein preuß. P.R. Bd. 3 § 228.

§ 159. Gerichtliche Einweisung. Possessorische Erbschaftsklagen.

Der Erbe darf sich eigenmächtig in den Besitz des Nachlasses setzen, so lange derselbe noch offen liegt, also namentlich noch nicht in den Besitz Dritter gelangte, oder gerichtlich mit Beschlag belegt ist.

Häufig aber ist obrigkeitliche Vermittelung zum Besitzerwerb für den Erben nöthig oder doch rathsam. Und zwar finden sich zwei Arten richterlicher Hülfe:

a) Einweisung in den Nachlaßbesitz durch das Nachlaßgericht auf einseitigen Vortrag in außerprozessualischer Weise.

Solchergestalt wird namentlich verfahren, wenn der Nachlaß gerichtlich mit Beschlag belegt oder in dem Besitze eines Nachlaßkurators ist, oder von einem Dritten, z. B. einer Bank, verwahrt wird, welche nur dem gerichtlich eingewiesenen Erben das verwahrte zu erstatten bereit ist.

Derartige Einweisungen geschahen in Rom durch eine missio des Prätors oder auch durch Erwerbung gewisser Arten der bonorum possessio, welche nicht, wie die regelrechte b. possessio, prätorisches Erbrecht, sondern bloßen Erbschaftsbesitz gewährten.

b) Ist bereits ein Erbprätendent — pro herede — oder ein Okkupant — pro possessore — im Besitze des Nachlasses, so bedarf es für den Erben der Klage, um ihm den Besitz zu entwinden.

Hierfür steht ihm aber nicht bloß die hereditatis petitio offen, welche erschöpfenden Beweis des Erbrechtes des Klägers fordert, vielmehr kommen ihm häufig possessorische Klagen zu gute, welche ihm in summarischer Weise den Nachlaßbesitz verschaffen, also apiscendae possessionis sind. Man bezeichnet diese possessorische Klage als interdictum quorum bonorum. Zwar ist sie mit dem römischen Interdikte dieses Namens nicht identisch, da dieses vorgängige gerichtliche Agnition einer bonorum possessio forderte, von der hier nicht die Rede ist; dennoch besteht eine gewisse dogmatische Verwandtschaft, und eine historische Anlehnung, welche die Bezeichnung rechtfertigt.[1]

---

1) Man streitet darüber, ob das interdictum quorum bonorum im justinianischen Rechte ein „summarisches Rechtsmittel" war. Dies verneint Savigny in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtsw. Bd. 5 n. 1, Bd. 6 n. 3. Dagegen hat sich Bangerow Bd. 2 § 509 für die Bejahung erklärt. Ganz entschieden wird das Interdikt im codex Theodosianus als ein auch in den Prozeßformen summarisches Rechtsmittel behandelt, l. un. § 2 C. Theod. 4, 21, l. 22 C. Theod. quorum appellationes non recipiantur 11, 36. Indem Justinian die erstere Verordnung als l. 3 C. quorum bonorum 8, 2 in seine Kompilation aufnahm, hat er den summarischen Charakter des Interdikts anerkannt, vgl. jedoch Schmidt, Interdiktenverfahren S. 321. Wie

Die Fälle der Einweisung und des Interdiktes führen darauf zurück, daß der Implorant entweder vermuthlicher Erbe ist, oder ein Anrecht darauf hat, künftiger Erbe zu werden.

1. Um vermuthliches Erbrecht handelt es sich in folgenden Fällen:

a) Wer in einem äußerlich fehlerfreien Testamente zum Erben ernannt ist, erhält Einweisung in den Nachlaß durch s. g. missio ex lege ultima de edicto divi Hadriani tollendo,[2] wie auch eine possessorische Klage gegen etwaige Erbschaftsbesitzer pro herede oder pro possessore.

Illiquide Einreden werden in diesem Verfahren nicht beachtet. Der Gegner muß daher die bezüglichen Einwendungen gegen das Testament mittels Erhebung der Erbschaftsklage geltend machen, wenn er den Besitz zurückerhalten will.

b) Wer ein Verhältniß darlegt, welches ihn als Intestaterben des Erblassers erscheinen läßt, insbesondere Verwandtschaft oder Ehe, erhält gleichfalls nach der Praxis Einweisung und possessorische Klage. Illiquide Einwendungen kommen auch hier nicht in Betracht.

c) Das edictum Carbonianum verstattet dem Unmündigen, welcher als Kind des Erblassers dessen Erbschaft in Anspruch nimmt, wenn diese Eigenschaft bestritten und nicht offenbar unbegründet ist, die Aussetzung des Erbschaftsprozesses bis zu seiner Mündigkeit zu fordern und inzwischen bonorum possessio zu agnosciren,[3] welche ihm, wenn er Kaution leistet, die volle Erbenstellung interimistisch gewährt[4] und Unterhalt aus der Erbschaft verschafft.[5]

---

dem aber auch sei, jedenfalls hat man seit dem Mittelalter das interdictum quorum bonorum als summarisches und interimistisches Rechtsmittel aufgefaßt und hiernach possessorische Erbschaftsklagen ausgebildet. Das Summarische besteht aber nicht in einer besonderen Weise des prozessualischen Verfahrens, auch nicht darin, daß die der Klage zu Grunde liegenden Thatsachen statt bewiesen, bloß bescheinigt werden müssen. Zweifelsohne kennt das Prozeßverfahren der C.P.O. keinen summarischen Prozeß von solcher Art. Das Summarische bezieht sich nur darauf, daß der Prozeßstoff vermindert wird, daß es genügt, Thatsachen vorzubringen und zu beweisen, welche den Kläger prima facie als den Erben erscheinen lassen, während illiquide Behauptungen des Beklagten in diesem Verfahren nicht verhandelt werden. So faßte schon vor der C.P.O. Briegleb, summarische Prozesse S. 208 die Summarietät des interdictum quorum bonorum auf.

2) l. 3 C. de edicto divi Hadriani tollendo et quemadmodum scriptus heres in possessionem mittatur 6, 33. Vgl. Paulus sent. III, 5 §§ 14 ff., Löhr in Lindes Zeitschrift Bd. 6 n. 9. Wer ein jüngeres fehlerfreies Testament vorlegen kann, geht natürlich vor.

3) Tit. Dig. de Carboniano edicto 37, 10, Cod. 6, 17, Leist bei Glück, Bücher 37 und 38 Bd. 4 S. 67.

4) l. 15 D. h. t. 37, 10.

5) l. 5 § 3 D. h. t. 37, 10.

Die gemeinrechtliche Geltung ist höchst problematisch.[6]

2. Einweisungen zu Gunsten *erwarteter Erben* sind folgende:

a) die bonorum possessio furiosi nomine.

Der *ständig Geisteskranke* erwirbt zwar als Hauskind die Erbschaft seines Hausvaters nothwendigerweise, als freiwilliger Erbe kann er aber angetragene Erbschaften nicht erwerben.[7] Denn ihm fehlt zum Antritt die natürliche Fähigkeit, und seinem Vormunde wurde die Legitimation nicht zugestanden, ihn hierbei zu vertreten. Dagegen erwirbt er durch gerichtliche Erklärung seines Vormundes eine bonorum possessio,[8] durch welche er interimistisch die Stellung eines Erben[9] und das Recht auf Bezug von Alimenten erlangt.[10]

Wird er gesund, so steht ihm der Erwerb der Erbschaft oder deren Ablehnung frei.[11]

Stirbt er während der Geisteskrankheit, so geht die Erbschaft, da er sie trotz der Agnition der bloß provisorischen bonorum possessio nicht erwarb, nicht auf *seine Erben* über. Es tritt vielmehr successive Berufung der anderweiten *Erben seines Erblassers* ein, wobei, allgemeinen Grundsätzen entsprechend, die Zeit des Todes des Geisteskranken, also der neuen Berufung maßgebend ist.[12]

---

6) Ein Hauptgesichtspunkt bei der „causae cognitio" des Prätors, welche der Ertheilung der bonorum possessio Carboniana vorauszugehen hat, war — l. 3 § 5 D. h. t. 37, 10 — „an expediat pupillo repraesentari cognitionem an potius differri in tempus pubertatis." Nach den heutigen Verhältnissen wird die Frage stets zu verneinen sein. Denn es macht für den Ausgang des Prozesses nicht den geringsten Unterschied, ob das angebliche Kind noch unmündig ist, oder 14, beziehungsweise 12 Jahre überschritten hat. Das mündig gewordene Kind ist nach deutschen Verhältnissen nicht in der Lage, besser als sein Vormund die Beweise für seine Legitimität zu sammeln oder nachdrücklicher auf die Richter zu wirken. Es ist nicht die Rede davon, daß es einen deutschen Richter durch sein persönliches Erscheinen oder gar durch seine Deklamationen zu seinen Gunsten stimmt, wie dies beim römischen Geschworenen der Fall war. Ein Fall der Anwendung der bonorum possessio Carboniana in Deutschland ist daher nicht bekannt, wenn sie auch bei den Schriftstellern, als dem gemeinen Rechte angehörend, fortgeführt wird.

7) Vgl. unten § 161.

8) l. 7 C. de curatore furiosi 5, 70. Tit. Dig. de bonorum poss. furioso 37. 3.

9) Dies, ohne daß er Kaution leisten muß.

10) Hat jedoch der Geisteskranke eigenes Vermögen, so soll ihn der Kurator zunächst aus diesem erhalten, l. 51 pr. D. de her. pet. 5, 3.

11) l. 7 § 8 C. de cur. fur. 5, 70.

12) Die l. 7 § 8 C. h. t. 5, 70 besagt: Sin autem in furore diem suum obierit vel in suam sanitatem perveniens eam repudiaverit, si quidem successio est, ad eos referatur, volentes tamen, id est vel ad substitutum vel ab intestato heredes, vel ad nostrum aerarium: eo scilicet observando, ut hi veniant ad successionem, qui mortis tempore furiosi propinquiores existant ei ad cujus bona vocabantur, si non in medio erat furiosus. Warum gedenkt die Verordnung

b) Der bedingt eingesetzte Testamentserbe konnte in Rom während des Obschwebens der Bedingung eine interimistische bonorum possessio secundum tabulas erlangen.

Dies ist, wie oben ausgeführt wurde, nicht in gemeinrechtlichem Gebrauche.[13]

c) Aehnliche Zwecke, wie die bisher besprochenen Missionen, verfolgt die missio ventris nomine.[14]

Wenn sich nämlich zur Zeit des Todes des Erblassers ein Kind desselben im Mutterleibe befindet, das — möglicherweise — im Falle der Geburt Erbe wird, so kann die Mutter in der Zwischenzeit für die Dauer ihrer Schwangerschaft Alimente verlangen und sich zu diesem Zwecke in die vakante Erbschaft einweisen lassen. Die Mutter eines fremden Kindes, das zum Erben eingesetzt ist, erhält ein entsprechendes Recht nur dann, wenn sie sich anderweit nicht ernähren könnte.

Diese Mission wird nicht dem künftigen Erben, also dem Kinde ertheilt,[15] sondern der Mutter. Sie geschieht nicht zur Sicherung eines Erbrechtes, sondern zur Erhaltung von Mutter und Kind.

Die Alimentation der Schwangeren gilt als eine Erbschaftsschuld.[16] Rückerstattung kann, falls nicht Betrug im Spiele war, selbst dann nicht beansprucht werden, wenn der erwartete Erbe nicht geboren wird. Zur Feststellung und Auszahlung der Alimente wird ein curator ventris ernannt.

Da trotz der Einweisung der Mutter die Erbschaft ruhend ist, so ist außerdem ein curator bonorum im Interesse der künftigen Erben und der Erbschaftsgläubiger zu bestellen. Schon in Rom wurde in der Regel dieselbe Person zum curator ventris und bonorum ernannt, und dies dürfte heutzutage ausnahmlos der Fall sein.[17]

---

nicht außer den Substituten und dem Fiskus der Miterben des Geisteskranken, denen durch Akrescenz dessen vakant werdende Portion zukommen müßte? Die herrschende Ansicht sieht hierin ein Versehen der Redaktion, eine Lücke, die aus dem Grundgedanken der Verordnung zu ergänzen ist. Besondere Absicht wollte hierin Bangerow finden im Archiv für civ. Praxis Bd. 30 n. 1. Danach suchte er das Princip, von welchem Justinian ausgeht, in anderer Weise zu bestimmen, als die herrschende Ansicht thut. Dagegen erklärten sich mit Recht: Fritz in Lindes Zeitschrift N. F. Bd. 4 n. 5 und Löhr ebendaselbst n. 7.

13) Oben Bd. 3 § 82 Anm. 5 und 6.

14) Tit. Dig. de ventre in possessionem mittendo et curatore ejus 37, 9. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 405, Leist bei Glück, Bücher 37 und 38 Bd. 4 S. 1.

15) Andere, z. B. Bachofen, Pfandrecht Bd. 1 S. 282 nehmen dagegen an, daß der noch ungeborene Erbe den vorläufigen Erbschaftsbesitz erhalte.

16) l. 9 D. h. t. 37, 9.

17) l. 1 § 18 D. h. t. 37, 9.

Zweites Kapitel.

Der Erwerb der Erbſchaft.

§ 160. Ueberſicht. Geſchichtliches.

Zur Zeit der klaſſiſchen Juriſten war die Weiſe des Erbſchaftserwerbes je nach der Rechtslage ſehr verſchieden. Es beruhte vor allem der Erwerb der hereditas und der bonorum possessio auf verſchiedenen Grundſätzen.

1. Bezüglich des Erwerbes der hereditas war wieder zu unterſcheiden:

a) Erwerb durch Erben, die *nicht in der Gewalt des Erblaſſers ſtanden* — heredes extranei oder voluntarii.

Er geſchah durch *Willensentſchluß*, und zwar in der Regel formlos und zu beliebiger Zeit.

Häufig jedoch ſchrieb der Erblaſſer eine cretio vor, d. h. eine förmliche wörtliche Erklärung über den Antritt, welche innerhalb gewiſſer Friſt abzugeben war.

Die Friſt betrug herkömmlich 100 Tage. Sie lief meiſt von dem Augenblicke an, in dem der Erbe Kenntniß von ſeiner Berufung erhielt, — cretio vulgaris. Aber ſie konnte auch unmittelbar vom Todestage des Erblaſſers an geſetzt ſein — cretio continua. Dies geſchah natürlich nicht leicht, wenn nicht Gefahr im Verzuge war.[1]

Die chriſtliche Kaiſerzeit hat die cretio beſeitigt.[2]

b) Die *Hauskinder* beerbten ihren Hausvater nach Civilrecht ohne Willensentſchluß. Doch konnten ſie ſich nach prätoriſchem Rechte von der väterlichen Erbſchaft mittels jus abstinendi losmachen, wenn ſie ſich nicht freiwillig eingemiſcht hatten.

Hiernach wurde auch den Hauskindern die Erbenſtellung definitiv nur durch ihren Willensentſchluß zu Theil.

c) Die mit der Freiheit eingeſetzten *Sklaven* des Erblaſſers —

---

1) Gajus Inst. II §§ 164 ff. Nur von der cretio vulgaris handelt Ulpian fragm. XXII §§ 27 und 28. Cretio est certorum dierum spatium, quod datur instituto heredi ad deliberandum utrum expediat ei adire hereditatem necne, velut: „Titius heres esto cernitoque in diebus centum proximis, quibus scieris poterisque: nisi ita creveris exheres esto.“ Cernere est verba cretionis dicere ad hunc modum: „Quod me Maevius heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque.“

2) l. 17 C. de jure deliberandi 6, 30.

die necessarii — wurden auch nach prätoriſchem Rechte wider ihren Willen Erben.

Nur konnten ſie in Folge des prätoriſchen beneficium separationis ihr nicht aus der Erbſchaft ſtammendes Vermögen dem Zugriffe der Erbſchaftsgläubiger entziehen.[3]

2. Die bonorum possessio wurde ſtets nur durch einen gerichtlichen Akt erworben. Das galt auch für Hauskinder und teſtamentariſch freigelaſſene Hausſklaven.

Der Erwerb war an die Friſt von 100 Tagen, bei Deſcendenten und Aſcendenten des Erblaſſers an die Friſt eines Jahres von der Berufung ab gebunden.[4]

Noch im juſtinianiſchen Rechte beſtand die Verſchiedenheit des Erwerbes von hereditas und bonorum possessio.

Aber im gemeinen Rechte iſt die bonorum possessio, ſoweit ſie Erbrecht begründete, in der hereditas aufgegangen.[5] Ihr Erwerb vollzieht ſich daher ausſchließlich nach den Grundſätzen der hereditas. Dies gilt z. B. auch für das Erbrecht des überlebenden Ehegatten, welches nur in der bonorum possessio wurzelt. Zu unterſcheiden iſt alſo gemeinrechtlich nur noch:

a) Erwerb durch fremde Erben,

b) Erwerb durch die Hauskinder des Erblaſſers.

A. Erwerb durch fremde Erben.

§ 161. Vorausſetzungen und Form des Antrittes und der Ablehnung.[1]

Fremde, d. h. der väterlichen Gewalt des Erblaſſers zur Zeit ſeines Todes nicht unterſtehende Perſonen, erwerben die angetragene Erbſchaft nur durch Willensentſchluß.

Der Entſchluß des Antrittes der Erbſchaft, wie ſeiner Ablehnung — der Repudiation — iſt ein ſchwerwiegender. Dies war im vorjuſtinianiſchen Rechte in ganz beſonderem Maße um deswillen der Fall, weil damals der Erbe unausweichlich, wenn er angetreten hatte,

---

3) Gajus Inst. II §§ 154 und 155.

4) Oben Bd. 3 § 62 Anm. 10.

5) Arndts § 508 Anm. 1 und dort citirte Schriftſteller.

1) Tit. Dig. de a. vel o. her. 29, 2, Cod. de jure deliberandi 6, 30, de repudianda vel abstinenda hereditate 6, 31. Köppen, Lehrbuch des Erbrechtes und dort citirte.

für die Erbschaftsschulden auch über den Betrag der Erbschaftsaktiven hinaus mit dem eigenen Vermögen einstand.

Ist die Erklärung über den Antritt oder die Ablehnung einmal rechtsgültig erfolgt, so ist sie auch definitiv. Eine Aenderung des Entschlusses ist unwirksam.[2]

1. Deshalb suchte die Jurisprudenz übereilte Erklärungen auszuschließen. Daher ist *Voraussetzung* gültiger Erklärung über Annahme oder Ablehnung:

a) Die *Berufung muß bereits erfolgt* sein.[3] Es ist z. B. eine Erklärung, während die Bedingung der Berufung noch schwebt, unverbindlich.[4]

b) Ferner muß der sich Erklärende eine *vollständige* und *genaue Kenntniß der Delation und ihres Grundes* haben. Zweifel, insbesondere über den Tod des Erblassers, die Echtheit des Testamentes, den Eintritt der Bedingung, an welche die Erbeseinsetzung geknüpft ist, machen die Erklärung nichtig.[5] [6]

---

2) l. 2 C. h. t. 6, 31. Irrthum in den Motiven ist ohne Einfluß, namentlich bezüglich der Solvenz der Erbschaft, Irrthum bezüglich der Identität der Erbschaft macht die Erklärung nichtig. Betrug giebt eine actio und exceptio doli gegen den Betrüger, insbesondere den zum Antritt verlockenden Erbschaftsgläubiger, l. 40 D. de dolo 4, 3. Zwang macht die Erklärung nicht nichtig, wohl aber anfechtbar, l. 21 § 5 D. quod metus causa 4, 2, l. 85 D. h. t. 29, 2. Ueber l. 6 § 7 D. h. t. vgl. oben Bd. 1 § 103 Anm. 22.

3) l. 21 § 2 D. h. t. 29, 2, l. 13 pr. D. eod.

4) Manche wollen die Vorschrift der l. 9 C. qui admitti 6, 9, wonach man „intra alienam vicem" bereits die bonorum possessio agnosciren durfte, auf die Erbantretung übertragen, so Windscheid Bd. 3 § 597 Anm. 2. Dies halte ich nicht für richtig. Das ganze System der Agnoscirung der bonorum possessio ist antiquirt, damit sind es auch dessen Singularitäten, wohin die gedachte Vorschrift sicherlich gehört. Vgl. auch Arndts § 507 Anm. 2.

5) Diese Sätze sind freilich zweischneidig. Sie sind ein Schutz des Berufenen, dessen Erklärung nur gilt, wenn er die Rechtslage klar übersieht. Aber sie machen, wenn zu sehr ausgebeutet, die Erklärung über Antritt und Repudiation und damit einen für weite Kreise wichtigen Rechtszustand unsicher. Daher finden sich auch bei den römischen Juristen manche Streitfragen. Hierher gehörige Entscheidungen sind l. 15, l. 19, l. 32, l. 34 D. h. t., vgl. ferner die bei Köppen, Lehrbuch S. 111 ff. citirten.

6) Was Irrthum oder Zweifel über die Größe der angetragenen Erbportion anlangt, so waren die römischen Juristen getheilter Ansicht und es sind dies auch die neueren. Wer glaubte, er sei als heres ex asse berufen, ist es aber nur pro parte, hat keine rechtsverbindliche Antrittserklärung abgegeben. Denn mit Miterben zu thun zu bekommen, ist eine wohl zu überlegende Sache. Hiervon abgesehen ist Irrthum oder gar Zweifel über die Größe der Erbportion nicht relevant. Vgl. freilich l. 75 D. h. t., andererseits l. 21 § 3 D. eod., l. 5 § 1 D. si pars hered. 5, 4. Siehe Vangerow Bd. 2 § 498 Anm. 1, dagegen Köppen, Lehrbuch S. 114.

2. In Rom war Erklärung des Berufenen in Selbstperson erfordert.[7]

a) Dies galt auch für Willensunfähige. Hieraus ergaben sich große Härten, denen man nur theilweise zu begegnen wußte. Unmündige, welche die Jahre der Kindheit hinter sich hatten, konnten persönlich unter Autorität ihrer Tutoren antreten, mündige Minderjährige unter Konsens ihrer Kuratoren. Kinder bis zum vollendeten siebenten Jahre konnten nicht erwerben. Erst im späteren römischen Rechte wurde ihrem Vormunde und ihrem Vater das Recht gegeben, für sie Erbschaften anzutreten.[8]

Das gilt gemeinrechtlich für alle Minderjährigen.

Verschwendern gestattete man, persönlich Erbschaften anzutreten.[9]

Bei Geisteskranken gab es dagegen während der Geisteskrankheit keine Möglichkeit des Erbschaftserwerbes. So blieb es auch im jüngsten Rechte. Ihr Kurator kann nur eine interimistische bonorum possessio für sie erwerben.[10]

b) Durchaus unzulässig war in Rom Erwerb oder Repudiation der Erbschaft durch willkürliche Stellvertreter des Berufenen.

Heutzutage ist aber in Folge der allgemeinen Zulassung von Stellvertretern auf dem Gebiete des Vermögensrechtes Antritt und Ausschlagung der Erbschaft durch Bevollmächtigte zulässig.[11]

3. Die Erklärung muß der Berufung entsprechen.

Erwerb eines Theiles der angetragenen Erbschaft gilt als Erwerb des Ganzen.[12]

---

7) l. 90 pr. D. h. t. 29, 2. Paulus libro 12 responsorum: Respondit per curatorem hereditatem adquiri non posse.

8) l. 8 D. h. t. 29, 2, l. 2 § 13 D. ad S. C. Tertullianum 38, 17, l. 67 § 3 D. ad S. C. Trebell. 36, 1, l. 18 §§ 1 und 3 C. de jure deliberandi 6, 30, l. 26 C. de adm. tut. 5, 37.

9) l. 5 § 1 D. h. t. 29, 2. Ulpianus libro 1 ad Sabinum: Eum cui lege bonis interdicitur institutum posse adire hereditatem.

10) l. 63 D. h. t. 29, 2, l. 7 C. de cur. furiosi 5, 70, oben Bd. 3 § 159 Anm. 12.

11) Die Frage der Erbantretung durch Stellvertreter ist bestritten, vgl. Bernhöft, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft Bd. 3 S. 443. Viele behaupten namentlich, daß eine Generalvollmacht nicht genüge, z. B. Windscheid Bd. 3 § 596 Anm. 12, Bernhöft a. a. O. S. 467. Soll dies so viel heißen, wie die Bezugnahme auf l. 25 § 5 D. h. t. 29, 2 zu ergeben scheint, daß eine allgemeine Vollmacht, künftig anfallende Erbschaften zu erwerben oder auszuschlagen, ohne Geltung sei, so erachte ich dies für unrichtig. Dagegen wird man aus einer einfachen Generalvollmacht die Ermächtigung zum Antritt von Erbschaften allerdings nicht leicht entnehmen können. Es ist dies aber Frage der Interpretation der Vollmacht.

12) l. 10 D. h. t. 29, 2.

Erklärungen unter Vorbehalten und Bedingungen sind nichtig.[13]

4. Die Erklärung selbst ist formlos. Der Erbschaftsantritt kann daher geschehen:

a) ausdrücklich durch Worte;[14] natürlich müssen dieselben an die Außenwelt gerichtet sein, z. B. an das Gericht, an einen Erbschaftsgläubiger oder Erbschaftsschuldner;

b) indirekt durch Handlungen, welche den Schluß ergeben, daß der Handelnde Erbe sein wolle — pro herede gerere.[15]

Es gehört hierher namentlich die Verwaltung und Benutzung sowie Veräußerung von Nachlaßobjekten, und selbst von Objekten, die der Berufene irrthümlich für Nachlaßsachen hält,[16] ferner Einziehung von Erbschaftsausständen, Zahlung von Erbschaftsschulden.

Handlungen, in denen sich in der Regel der Wille, Erbe zu sein, ausspricht, können freilich in concreto aus einer anderen Absicht hervorgegangen sein, z. B. die Zahlung von Erbschaftsschulden aus Pietät gegen den Erblasser, die Verwaltung der Nachlaßobjekte durch den Instituten im Interesse des Substituten, zu dessen Gunsten der Institut verzichten will. Eine derartige besondere Absicht hat der Berufene aber darzuthun. Reservation vor der Inangriffnahme von Handlungen, aus denen der Erbschaftsantritt gewöhnlich geschlossen wird, ist daher räthlich.[17]

§ 162. Fortsetzung. Mehrfache Berufung desselben Erben.

Der Erwerb der Erbschaft durch den Berufenen verwirklicht die Intentionen des Erblassers, wahrt dessen Vermögen und liegt im Interesse der Erbschaftsgläubiger. Deshalb ist der Erwerb der Erbschaft begünstigt, nicht aber die Ausschlagung derselben.

Dies hat namentlich auf die Rechtssätze bei mehrfachen Berufungen eingewirkt.

1. Stehen derselben Person mehrere successive Berufungen offen, z. B. der nächste Intestaterbe ist im Testamente zum Erben eingesetzt,

---

13) l. 51 § 2 D. h. t. 29, 2.

14) l. 7 I. de heredum qualitate 2, 19. Den Erbschaftsantritt durch wörtliche Erklärung bezeichnen viele als hereditatis aditio im engeren Sinne.

15) l. 20, l. 21 pr. D. h. t. 29, 2, l. 24, l. 86 § 2, l. 87 D. eod., l. 4, l. 5 C. de jure deliberandi 6, 30. R.G. Bd. 6 S. 143.

16) l. 21 § 1 D. h. t. 29, 2.

17) l. 20 § 1 D. h. t. 29, 2.

so ist sie berechtigt, trotzdem, daß sie die zunächst an sie ergangene Berufung ausgeschlagen hat, aus der später an sie ergehenden die Erbschaft zu erwerben.[1] [2]

2. Streitfragen bestehen für den Fall, daß dieselbe Person zu verschiedenen Portionen derselben Erbschaft berufen ist.

a) Sind verschiedene Portionen bereits zu der Zeit, in welcher sich der Berufene über den Antritt erklärt, deferirt, so kann derselbe nur alle zusammen annehmen oder alle ausschlagen.[3]

b) Wer eine Erbportion erworben hat, erwirbt andere, ihm später deferirte Portionen von selbst, ohne Wissen und Wollen. Seine Antrittserklärung wird also auf alle später deferirten Portionen mit bezogen. Aber deferirt müssen sie ihm noch werden, der Erbe muß daher den Zeitpunkt der Delation der späteren Portion erleben.[4]

c) Viele nehmen mit Unrecht an, daß analog der Erbe, welcher eine ihm deferirte Portion ausgeschlagen hat, damit auch alle

1) Gerade dies machte das Edikt „si quis omissa causa“ vorzugsweise nöthig. Vgl. l. 1 § 5, l. 1 § 8, l. 29 D. si quis omissa causa 29, 4, vgl. oben Bd. 3 § 105 Anm. 5.

2) Wer successive mehrere Berufungen in Anspruch nehmen kann, z. B. als Testamentserbe und eventuell als Intestaterbe, und aus der zweiten Berufung antritt, schlägt natürlich damit die erste aus. Die Anwendung dieses Satzes in folgendem Falle wird aber nicht leicht Beifall finden, l. 97 D. de a. vel. o. her. 29, 2. Paulus libro 3 decretorum: Clodius Clodianus facto prius testamento postea eundem heredem in alio testamento inutiliter facto instituerat: scriptus heres cum posterius putaret valere, ex eo hereditatem adire voluit, sed postea hoc inutile repertum est. Papinianus putabat, repudiasse eum ex priore hereditatem, ex posteriore autem non posse adire. dicebam non repudiare eum, qui putaret posterius valere. pronuntiavit Clodianum intestatum decessisse. Mit Recht bemerkt hierzu Puchta, Vorlesungen § 499: „Man kann nur etwas repudiiren, was deferirt ist und von dessen Delation man weiß. Dies ist die Meinung des Paulus, der wir zu folgen haben.“ Andere Schriftsteller über die Stelle citirt Arndts § 510 Anm. 2.

3) Es war dies übrigens Kontroverse der Juristen, welche Justinian durch die l. 20 C. de jur. deliberandi 6, 30 entschied. Vgl. l. un. § 10 b C. de caducis toll. 6, 51: „cum sit absurdum ejusdem hereditatis partem quidem agnoscere, partem vero respuere.“ Siehe l. 80 D. h. t. 29, 2, vgl. l. 26, l. 36 D. eod.

4) Vgl. oben Bd. 3 § 88 Anm. 10, l. 60 § 6 D. de her. inst. 28, 5. Einen Widerspruch enthält l. 53 D. h. t. 29, 2. Gajus libro 14 ad legem Juliam et Papiam: Qui ex duabus partibus heres institutus fuerit, ex alia pure, ex alia sub condicione, et ex pura institutione adierit et decesserit posteaque condicio exstitit, ea quoque pars ad heredem ejus pertinet. Sind also jemandem zwei Portionen letztwillig zugewendet, die eine unbedingt und die andere bedingt, so soll genügen, daß er die unbedingte antrat, damit sein Erbe im Falle des Eintrittes der Bedingung der anderen Portion auch diese erhält, obgleich der eingesetzte Erbe den Eintritt der Bedingung der bedingt hinterlassenen Portion, also die Delation derselben nicht erlebte. Man müht sich ab, diese Stelle mit dem Resultate der anderen zu vereinigen, sei es durch Erklärung, sei es durch Emendation; siehe Arndts § 517 Anm. 4. Aber die bezüglichen subtilen Rechtssätze sind nicht ohne weiteres in das Leben getreten. Es hat nichts unwahrscheinliches, daß Gajus noch eine abweichende Ansicht hatte.

anderen ihm noch *später deferirten Portionen zurückgewiesen habe*. Was aber vom Erwerb gilt, findet nicht bei der Ausschlagung Anwendung. Wer die eine Portion ausschlug, kann eine andere, später deferirte, gleichwohl erwerben.[5]

§ 163. B. Der Erwerb durch die Hauskinder.

1. Die Hauskinder — sui — erwerben den Nachlaß ihres Ascendenten von Rechtswegen ohne Willen und Wissen, mögen sie nun als Intestaterben oder durch Testament berufen sein.[1]

Unter den sui verstanden die Römer hier nicht bloß wie bei dem alten formellen Notherbenrechte die unmittelbar in der Gewalt des Erblassers stehenden, sondern auch entferntere Descendenten, also Enkel oder Urenkel, deren Parens zur Zeit des Todes des Hausvaters noch lebte und in dessen Gewalt stand.[2]

Da sich der Erwerb durch die sui ohne ihren Willen vollzieht, so erwerben sie auch die Erbschaft, wenn sie willensunfähig, insbesondere geisteskrank sind.[3]

Der Erwerb von Rechtswegen ist natürlich ein Vortheil, wenn die Erbschaft zahlungsfähig ist. Aber er bildete in alter Zeit eine große Härte, wenn sie insolvent war.

Deshalb kam es häufig vor, daß der Erblasser seinen suis durch Einsetzung unter einer Potestativbedingung die Entscheidung über den Erwerb der Erbschaft anheimgab.[4]

---

5) Ein ausdrückliches Zeugniß hierfür enthält l. 76 § 1 D. h. t. 29, 2. Javolenus libro 4 epistularum: Item si tu sextantis, ex quo institutus esses heres, omiseris aditionem, numquid dubitas, quin ex substitutione adeundo Titianae partis habiturus partem esses? Respondit: non dubito, quin si prima institutione adeundo heres esse possim, in potestate mea sit, quam partem hereditatis aut amittere velim aut vindicare. Für die Ansicht des Javolenus sprechen gewichtige innere Gründe. Nach ihr wird dem Willen des Erblassers, dem Vortheil des Erben und den Interessen der Gläubiger Genüge geleistet. Die dagegen angeführte Analogie der l. 10 §§ 2—4 D. de vulg. et pup. subst. 28, 6 ist schwerlich in ihrem Gesammtzusammenhange beweiskräftig. Es ist zu dieser Stelle die l. 40 D. de a. vel o. her. 29, 2 zu vergleichen. Die hier vertretene Ansicht hat Schlayer im Arch. für civ. Praxis Bd. 53 n. 2, anderer Ansicht ist Wendt ebendaselbst Bd. 55 n. 12; dagegen aber Pietak ebendaselbst Bd. 59 n. 1 und Ubbelohde Bd. 65 n. 12.

1) § 2 I. de heredum qualitate 2, 19, l. 3 pr. C. de jure deliberandi 6, 30. Es gehört hierher auch der postumus, welcher in der Gewalt des Erblassers gestanden hätte, wenn er zur Zeit seines Todes bereits geboren gewesen wäre.

2) l. 6 § 5 D. h. t. 29, 2. Vgl. oben Bd. 3 § 143.

3) § 3 I. de her. quae ab intestato 3, 1.

4) l. 12 D. de cond. inst. 28, 7, l. 87 D. de her. inst. 28, 5. Nur dann freilich konnte sich der unter der Potestativbedingung eingesetzte suus von der Erbschaft durch sein Nichtwollen losmachen, wenn ihm jemand substituirt war, welcher

2. Von allgemeinerer Bedeutung war es, daß der Prätor den Hauskindern die Rechtswohlthat der Abstinenz, d. h. der Ausschlagung der Erbschaft, verlieh.[5] Diese Rechtswohlthat bedarf nicht besonderer Erbittung oder eines prätorischen Dekretes, vielmehr genügt einfache Erklärung des Hauskindes, die Erbschaft nicht zu wollen.[6] Es ist aber zu unterscheiden:

a) Unmündige erhalten das jus abstinendi unbedingt, auch wenn sie oder ihre Vormünder sich in die Erbschaft bereits eingemischt haben.[7] Abstiniren sie nach der Einmischung, so bleiben gleichwohl ihre inzwischen bona fide vorgenommenen Rechtshandlungen gültig.[8]

Den Unmündigen sind die Minderjährigen derzeit gleichzustellen, während sie in Rom einer Restitution gegen ihre Einmischung bedurften.[9]

b) Andere Hauskinder haben das Recht der Abstinenz nur, wenn sie sich nicht immiscirt, d. h. als Erben betragen haben. Auch dadurch gehen sie dieses Rechtes verlustig, daß sie dolos die Beiseiteschaffung von Erbschaftssachen bewirkten.[10] [11]

Die Wirkung der Abstinenz ist, daß die Hauskinder wie Nichterben behandelt werden. Sie können daher von den Erbschaftsgläubigern nicht belangt werden[12] und sie sind andererseits

---

Erbe wird. Denn sonst wurde er eben nothwendiger Intestaterbe. Daher pflegte man in Rom dem suus einen Hausklaven zu substituiren, welcher, wenn der suus die Erbschaft nicht wollte, nothwendiger Erbe des Erblassers wurde.

5) Das Edikt scheint bereits zur Zeit Ciceros bestanden zu haben. Denn Cicero wirft Philipp. II cap. 16 in fine dem Antonius vor: „hereditatem patris non adisse". Wie übrigens die Volksmeinung über die Abstention urtheilte, ergiebt l. 7 C. de causis, ex quibus infamia 2, 11. Antoninus: Nemo ob id, quod bonis paternis se abstinuit, infamis est.

6) l. 12 D. h. t. 29, 2, l. 1 C. si minor ab hereditate 2, 39.

7) l. 57 pr. D. h. t. 29, 2. Gajus libro 23 ad edictum provinciale: Necessariis heredibus non solum impuberibus, sed etiam puberibus abstinendi se ab hereditate proconsul potestatem facit, ut, quamvis creditoribus hereditariis jure civili teneantur tamen in eos actio non detur, si velint derelinquere hereditatem. sed impuberibus quidem, etiamsi se immiscuerint hereditati, praestat abstinendi facultatem, puberibus autem ita, si se non immiscuerint. Mit Recht hebt Lenel, edictum S. 336 ff. hervor, daß der Prätor zwei Edikte erließ, das eine für den Fall „si pupillus heres erit", das andere für den „si pubes heres erit."

8) l. 44 D. h. t. 29, 2, l. 6 § 1 D. de rebus auct. jud. vend. 42, 5, l. 44 D. de re judicata 42, 1.

9) l. 90 D. de solutionibus 46, 3, l. 57 § 1 D. h. t.

10) l. 71 §§ 3 ff. D. h. t. 29, 2, vgl. l. 21 pr. D. eod.

11) Wer behauptet, daß der suus das beneficium abstinendi durch Einmischung in die Erbschaft oder durch Entwendung von Nachlaßobjekten verloren habe, muß dies selbstverständlich beweisen.

12) l. 57 pr. D. h. t., oben Anm. 7.

nicht befugt, erbschaftliche Rechte auszuüben.[13] Pupillarsubstitutionen bleiben jedoch trotz der Abstinenz des Hauskindes bestehen.[14]

Abstinenz wird in der Regel nur bei Insolvenz der Erbschaft stattfinden. Es kommt daher meist in ihrem Gefolge zum Konkurse über den Nachlaß. Doch wird weiter deferirt.[15] Nicht minder tritt Akkrescenz ein, wenn ein Theilerbe abstinirt.[16]

Die Immixtion des Großjährigen ist definitiv. Die Abstinenz ist dies nicht in gleicher Weise. Vielmehr kann sich der Abstinirende, solange die Vermögenslage nicht geändert ist, binnen 3 Jahren wieder für Annahme der Erbschaft entscheiden.[17]

§ 164. Ueberlegungsfrist.[1]

Die Entscheidung des Erben zwischen Antritt der Erbschaft und Ablehnung ist gesetzlich an keine Frist gebunden, ebensowenig die des Hauskindes über Immixtion oder Abstinenz.

Es kann jedoch dem fremden wie dem häuslichen Erben vom Gerichte eine Ueberlegungsfrist — spatium deliberandi — gesteckt werden.[2] Freilich kommt sie im Leben kaum je vor.

1. Das Recht der Nachlaßgläubiger, eine Ueberlegungsfrist des Erben zu betreiben, war durch die Gestaltung des römischen Konkursrechtes veranlaßt.

Die Nachlaßgläubiger konnten nämlich Eröffnung des Konkurses über einen Nachlaß in der Regel nur beantragen, wenn es feststand, daß der Nachlaß keinen Erben fand.[3]

---

13) Entwendet der suus heres etwas nach der Erklärung der Abstinenz aus der Erbschaft, so begeht er ein furtum, l. 71 § 9 D. h. t. 29, 2.

14) l. 12 D. de vulg. et pup. subst. 28, 6, l. 41, l. 42 pr. D. h. t. 29, 2, l. 28 D. de rebus auct. jud. 42, 5. Vgl. oben Bd. 3 § 89 Anm. 4.

15) l. 44 D. de re judicata 42, 1, l. 2 § 8 D. ad S. C. Tertullianum 38, 17: „ne nudum nomen sui heredis noceat matri", l. 6 C. de legitim. 6, 58. Ja den ex testamento abstinirenden suis wird als Intestaterben neu deferirt, und sie können in dieser Eigenschaft erwerben, l. 1 § 7 D. si quis omissa causa 29, 4.

16) Oben Bd. 3 § 91 Anm. 7.

17) l. 8 D. de jure deliberandi 28, 8, l. 6 C. de repudianda her. 6, 31.

1) Tit. Dig. de jure deliberandi 28, 8, Cod. 6, 30. Dedekind, das Deliberationsrecht des Erben und die Interrogationes in jure 1870.

2) Die Deliberationsfrist war in der Regel 100 Tage, zuweilen auch länger, l. 2 D. h. t. 28, 8. Aus besonderen Gründen konnte sie nachträglich verlängert werden, l. 3, l. 4 D. h. t. 28, 8. Justinian setzte das Maximum dessen, was der Richter gewähren könne, auf 9 Monate, und das vom Regenten zu ertheilende Maximum auf ein Jahr, l. 22 § 13a C. h. t. 6, 30.

3) Cicero pro Quinctio cap. 19 § 60: tracta edictum ... „cui heres non exstabit." Gajus Inst. III § 78: mortuorum bona veneunt ... eorum quibus

Um dies festzustellen, hatten die Gläubiger das Fragerecht gegenüber dem Berufenen.

Bejahte dieser, daß er Erbe sei, so haftete er ihnen als Erbe, verneinte er, so ging der Nachlaß in Konkurs.[4]

Der Erbe konnte sich aber auch eine Frist zur Deliberation erbitten. Erklärte er sich dann innerhalb der Frist nicht, so galt er nach klassischem Rechte als ausschlagend,[5] nach justinianischem aber als antretend.[6]

Derzeit haben die Nachlaßgläubiger das Fragerecht nicht mehr, und sie werden nicht leicht ein Interesse dabei haben, daß dem Erben eine Deliberationsfrist gesteckt werde.

Denn der Konkurs über den Nachlaß kann eröffnet werden, wenn derselbe überschuldet ist, ohne daß abzuwarten ist, ob der berufene Erbe sich zum Antritt versteht.[7]

Ferner können die Nachlaßgläubiger die Ernennung eines Erbschaftskurators fordern, wenn die Erbschaft ruht, so daß dieser sie zu befriedigen hat.[8]

Was sollte sie also veranlassen, zu beantragen, daß dem Erben eine Ueberlegungsfrist gesteckt werde, was nur Weitläuftigkeiten verursachen würde.

2. Der Erbe kann sich auch unaufgefordert eine Ueberlegungsfrist erbitten, die ihm im alten Rechte Vortheile gewährte.[9]

---

certum est neque heredes neque bonorum possessores neque ullum alium justum successorem existere.

4) l. 2—6 D. de interrogationibus in jure faciendis 11, 1. Das nähere über dieses Fragerecht siehe bei Demelius, die confessio im römischen Civilprozeß 1880, Lenel, edictum S. 113.

5) Gajus Inst. II § 167 solet praetor postulantibus hereditariis creditoribus tempus constituere, intra quod si velit adeat hereditatem, si minus, ut liceat creditoribus bona defuncti vendere, l. 1 § 11 D. de succ. edicto 38, 9. Existirten mehrere successiv zu berufende Erben, insbesondere Substituten, so war ihnen successiv eine Deliberationsfrist zu stellen, l. 10 D. h. t. 28, 8, l. 69 D. de a. v. o. h. 29, 2. Zog sich die Entscheidung lange hin, so trat das in l. 8 D. quibus ex causis 42, 4 angedeutete Nothverfahren ein. Vgl. Lenel, edictum S. 335. Siehe auch für Fälle bedingter Einsetzung l. 23 § 1 D. de her. inst. 28, 5, l. 4 D. de rebus a. 42, 5.

6) l. 22 § 14b C. de jure deliberandi 6, 30, l. 1 D. de curat. 42, 7.

7) K.O. § 203.

8) Schon in Rom wurde während der ruhenden Erbschaft wenn es ungewiß war, ob ein Erbe antrat, sowie wenn der Erbe deliberirte, ein curator gegeben, l. 2 D. de feriis 2, 12, l. 22 § 1 D. de rebus a. j. vend. 42, 5, l. 3 D. de cur. dand. 27, 10. Da aber die Vollmacht des Erbschaftskurators in Rom eine engere war, als derzeit üblich ist, so war damit in Rom den Gläubigern nicht vollständig geholfen.

9) l. 5 pr. D. h. t. 28, 8. Der Deliberirende erhält Einsicht in die Erbschaftspapiere. Er kann unter gerichtlicher Autorisation nicht konservirbare Nachlaßobjekte verkaufen, dringende Schulden tilgen, l. 5 § 1, l. 6 D. h. t. 28, 8. Der Sohn des

Justinian hat aber an die Ueberlegungsfrist, da sie Unterschlagungen durch den Berufenen erleichterte, Nachtheile geknüpft, welche diese Rechtswohlthat dem Erben verleiden müssen.[10]

3. Die neueren lehren meist, daß die eventuell zu berufenden Erben, insbesondere die Substituten, zum Antrage legitimirt seien, daß das Gericht dem vor ihnen berufenen eine Deliberationsfrist stecke.

Dies ist aber ohne gesetzliche Grundlage und hätte für die Antragsteller keinen Nutzen.[11] Denn ist der Nachlaß überschuldet, so haben sie kein Interesse, und ist er dies nicht, so treiben sie den vor ihnen berufenen, welchen sie durch gerichtliche Maßnahmen erbittern, gerade zu der Antretungserklärung, die sie nicht wünschen.

Auch Vermächtnißnehmer sollen nach der herrschenden Ansicht das Recht haben, vom Testamentserben eine Erklärung über den Antritt zu erzwingen. Das könnte ihnen unter Umständen nützlich sein, hat aber auch keinen gesetzlichen Grund.[12]

Erblassers erhält ferner während der Deliberationszeit aus der Erbschaft Alimente, l. 9 D. eod. 28, 8.

10) l. 22 § 14 C. h. t. 6, 30. Wer deliberirt, haftet auch wenn er ein gehöriges Inventar errichtet den Nachlaßgläubigern mit dem eigenen Vermögen, siehe unten § 170.

11) Allerdings ist in den von den Gegnern angeführten Stellen von Substituten die Rede, und hieraus ist die in den Lehrbüchern translaticische Lehre wohl entstanden. Allein nirgends ist ausgesprochen, daß die Substituten die Deliberationsfrist beantragen können. Die Substituten werden vielmehr nur in Betracht gezogen, weil an sie die Erbschaft kommt, wenn die Deliberirenden die Erbschaft ausschlagen oder wie ausschlagend zu behandeln sind. So vor allem in der l. 22 § 14 C. h. t. 6, 30. Vgl. Bruns in Bekkers Jahrbuch Bd. 1 S. 120. In der l. 23 § 1 D. de her. inst. 28, 5, auf welche sich Windscheid Bd. 3 § 598 Anm. 5 beruft, ist von Substituten überhaupt nichts zu finden. Es bleibt also dabei, daß, wie Brinz Bd. 3 S. 150 bemerkt, „das Mitgefühl den fehlenden Quellenbeweis ersetzen muß". Doch dies Mitgefühl reicht eine unpraktische Waffe.

12) Für die Vermächtnißnehmer ließe sich anführen, daß sie vielfach in den Quellen den „Erbschaftsgläubigern" zugetheilt werden. Warum also nicht auch hier? Die Genesis unserer Bestimmung spricht gegen ihre Unterstellung in unserem Falle. Denn nur solche Gläubiger konnten die Deliberationsfrist betreiben, welche an dem Konkurse über den Nachlaß im Falle des Nichtantrittes der Erbschaft betheiligt waren. Dahin gehörten aber die Vermächtnißnehmer nicht.

Drittes Kapitel.

Die Uebertragung der Berufung. Veräußerung der Erbschaft.

I. Transmission.

§ 165. Der Begriff der Transmission.

Die Berufung giebt dem fremden Erben ein höchstpersönliches Recht zum Antritt. Dieses Recht ist regelrecht unveräußerlich und unvererblich.[2]

Die Unvererblichkeit der Berufung hatte den praktischen Vortheil, daß sie den Berufenen zu baldiger Entscheidung über den Antritt drängte. Denn der Tod des Berufenen konnte plötzlich eintreten, jeder weiteren Ueberlegung ein Ende machen und so den Verlust der angetragenen Erbschaft für die Angehörigen des Berufenen zur Folge haben.

Aber es lag in der Unvererblichkeit auch ein großer Uebelstand, wenn der Tod den Berufenen überraschte, ehe er von der Berufung wußte oder die nothwendige Ueberlegung anstellen konnte.

Deshalb bildeten sich im späteren Rechte zahlreiche Transmissionsfälle aus, in welchen sich das Recht aus der Berufung, also das Recht zum Erbschaftsantritte vererbt.

Die Transmission gilt nicht als neue Berufung, sie ist Erhaltung und Uebertragung der bereits erfolgten.[3] Dem Nachfolger — dem Transmissar — liegen daher nothwendig dieselben Lasten auf, wie dem Transmittenten.

Die Rechtsstellung der fremden Erben und der gewaltuntergebenen Kinder des Erblassers hatte sich bereits durch die Gewährung des jus abstinendi an die letzteren sehr genähert. Die Einführung der Transmissionsfälle nun that einen weiteren Schritt zur praktischen Annäherung.

---

1) Marezoll, z. L. v. d. s. g. Transmissionsfällen in Lindes Zeitschrift Bd. 2 n. 3; Steppes, die Transmission der Erbschaft 1831; Göring, die s. g. Transmissionsfälle im röm. Erbrecht in Iherings Jahrbüchern Bd. 15 n. 3.

2) l. 3 § 7 D. de bon. poss. 37, 1, l. 7 C. de jure deliberandi 6, 30, l. un. § 5 C. de caducis tollendis 6, 51. Justinianus: ... hereditatem enim, nisi fuerit adita, transmitti nec veteres concedebant nec nos patimur.

3) Daher geht regelmäßig der Transmissar des Instituten dessen Vulgarsubstituten vor. Vgl. oben Bd. 3 § 88 Anm. 14.

Denn die Hauskinder übertrugen die ihnen angetragene Erbschaft ihres Hausvaters, auch wenn sie sich noch nicht eingemischt hatten, auf ihre Erben nach Rechtsnothwendigkeit.[4] Waren sie doch unmittelbar mit der Berufung Erben ihres Hausvaters geworden. Auf ihre Erben ging folgerecht auch das Recht, sich zu immisciren oder zu abstiniren, über.[5] Das nennt man transmissio ex jure suitatis.

Aehnlich gestaltete sich das Recht der fremden Erben, wenn ein Transmissionsfall vorlag, da sich auch dann der Erbe des Berufenen für die Annahme der Erbschaft noch erklären kann. Freilich war dies nicht Regel, sondern Ausnahme, nicht Rechtskonsequenz, sondern Billigkeit.

§ 166. Die einzelnen Transmissionsfälle.

Zahlreiche Streitfragen bestehen bezüglich der Bedeutung und des Umfanges der einzelnen Transmissionsfälle.

Betrachtet man die verschiedenen Fälle der Transmission bloß als willkürliche Ausnahmen von der allgemeinen Regel, so wird man geneigt sein, ihnen durch strikte Interpretation möglichst enge Grenzen zu ziehen. Beachtet man aber, daß hier ein neuer Gedanke nach Verwirklichung ringt, so wird man ihm, soweit dies die Gesetzesnorm zuläßt, Raum und Anerkennung zu sichern suchen.

1. Die römische Jurisprudenz erkannte die transmissio „ex capite restitutionis in integrum“ an, wenn der Berufene in Folge von Hindernissen, welche eine Restitution begründen, die Erbschaft verloren hat.[1] Es giebt zwei Klassen dieser Art:

a) Der Berufene verlor bei Lebzeiten in Folge eines Restitutionsgrundes das Recht des Antrittes der Erbschaft — etwa durch Fristversäumniß, da es an eine Frist geknüpft war — und verstirbt, ehe er die ihm gebührende Restitution gegen den Verlust erlangte. Hier

---

4) l. 8 C. de suis et legitimis 6, 55.

5) l. 7 § 1 D. de a. vel o. her. 29, 2. Diese Stelle hat den Fall vor Augen, daß der Hausſohn, ehe er von dem Tode des Hausvaters erfahren hat, verstarb, „relicto filio necessario“, und gesteht diesem das jus abstinendi zu. Deshalb nehmen manche den Uebergang des jus abstinendi nur für den Fall an, daß der Erbe des Hauskindes wiederum suus ist. Allein die Konsequenz spricht für die Ausdehnung auf alle Erben des suus, auch die fremden, Windscheid Bd. 3 § 595 Anm. 7 und dort citirte Schriftsteller.

1) Schröder in Iherings Jahrbüchern Bd. 15 n. 10 S. 409; Köppen, Lehrbuch des Erbrechts S. 161 und dort citirte Schriftsteller.

geht sein Anspruch auf Restitution auf seine Erben über, und damit erlangen diese die Befugniß, statt ihres Erblassers anzutreten.[2]

b) Schwieriger ist der Fall, in welchem der Berufene zwar in Folge eines Restitutionsgrundes die ihm angetragene Erbschaft bei Lebzeiten nicht antrat, aber das Recht des Antrittes erst durch seinen Tod verlor, z. B. er war in Staatsgeschäften abwesend, wird inzwischen zu einer Erbschaft berufen und stirbt, ohne von der Berufung Kunde erlangt zu haben, zu einer Zeit, wo er noch antreten konnte.

Hier ließ sich gegen eine Restitution seiner Erben einwenden, daß der Berufene, solange er lebte, nichts verloren hat, also keinen Anspruch auf Restitution hatte, den er auf seine Erben vererben konnte, und daß in der Person der Erben kein Restitutionsgrund besteht.

Mit Recht hat man auch in diesem Falle den Erben die Restitution gewährt. Denn schließlich war es doch auch hier der Restitutionsgrund, z. B. Abwesenheit, welcher den Verlust der Erbschaft — wenn auch nur indirekt — verschuldete.[3] [4]

2. Die transmissio Theodosiana oder der Descendenten gehört einer Verordnung von Theodosius II. und Valentinian III. aus dem Jahre 450 an.[5]

Nach dieser Verordnung sollen testamentarisch eingesetzte Descendenten, auch wenn sie vor Eröffnung des Testamentes sterben, ihre

---

2) l. 24 § 2 in fine D. de minoribus 4, 4, l. 1 C. de restitutione militum 2, 50.

3) l. 86 pr. D. de a. vel o. her. 29, 2. Papinianus libro 6 responsorum: Pannonius Avitus, cum in Cilicia procuraret, heres institutus ante vita decesserat quam heredem se institutum cognosceret. quia bonorum possessionem, quam procurator ejus petierat, heredes Aviti ratam habere non potuerant, ex persona defuncti restitutionem in integrum implorabant, quae stricto jure non competit, quia intra diem aditionis Avitus obisset. divum tamen Pium contra constituisse Maecianus libro quaestionum refert in eo qui legationis causa Romae erat et filium qui matris delatam possessionem absens amiserat sine respectu ejus distinctionis restitutionem locum habere. quod et hic humanitatis gratia optinendum est, l. 30 pr. D. eod. Mit Unrecht beschränken viele diese Restitution auf den von Papinian behandelten Fall der Abwesenheit des Berufenen in Staatsgeschäften. Die Entscheidung hat eine allgemeine Bedeutung. Vgl. Köppen a. a. O. S. 163.

4) Den gleichen Charakter hat die Restitution in Fällen, in welchen der Berufene, solange er lebte, wegen Ungewißheit bezüglich der Delation oder wegen gesetzlichen Verbotes nicht antreten konnte, l. 1 § 1 D. ad S. C. Tertullianum 38, 17, l. 3 § 30 D. de S. C. Silaniano 29, 5. Vgl. über die verschiedenen Ansichten Köppen a. a. O. S. 163 Anm. 4.

5) l. un. C. de his qui ante apertas tabulas hereditates transmittunt 6, 52. Löhr im Archiv f. civ. Praxis Bd. 2 n. 14; Bangerow ebendaselbst Bd. 25 n. 14; Löhr in Lindes Zeitschrift N. F. Bd. 7 n. 3; Huschke daselbst Bd. 9 n. 2.

Erbportion auf ihre Descendenten transmittiren, damit diese der großväterlichen Erbschaft nicht beraubt werden.

Die juristische Tragweite dieses Gesetzes ist sehr bestritten. Manche vertheidigen eine gesetzliche Substitution der entfernteren Descendenten.[6] Die Verordnung jedoch spricht von einer „Transmission" und keineswegs von einer „Substitution". Hieran ist festzuhalten. Man wird daher folgende Erfordernisse anzunehmen haben:

a) Testamentarische Einsetzung von Descendenten durch den Erblasser. Der Gedanke mancher Schriftsteller, diese Transmission auch bei der Intestaterbfolge von Descendenten anzuwenden, entfernt sich ganz von der gesetzlichen Basis.[7]

b) Der eingesetzte Descendent muß bereits berufen gewesen sein, also namentlich den Testator überlebt haben. Dies ergiebt der Begriff der Transmission.[8] Wer freilich eine gesetzliche Substitution annimmt, kann zu einem anderen Resultate kommen.

c) Wegsterben des eingesetzten Descendenten vor seiner Erklärung über die Berufung und Hinterlassung von Descendenten.

d) Man muß auch fordern, daß der entferntere Descendent den eingesetzten näheren beerbt hat. Denn die großväterliche Erbschaft wäre, auch wenn der eingesetzte Descendent die Erbschaft, zu der er berufen war, angetreten hätte, an den Enkel nur gelangt, wenn dieser seinen eingesetzten Parens beerbt hätte. Es liegt nicht in dem Sinne der Verordnung, dem Enkel im Falle des Versterbens seines Parens mehr zuzutheilen, wie wenn dieser aus dem Testamente des Ascendenten angetreten hätte.[9]

e) Besonders bestritten ist die Frage, ob diese Transmission sich auf den Fall beschränkt, in welchem der eingesetzte Descendent vor der Eröffnung des Testamentes verstarb, wonach ihre Bedeutung eine geringe wäre, oder ob sie auch eintritt, wenn er nachher stirbt. Das letztere ist das richtige.[10]

---

6) So namentlich Löhr a. a. O. Die Verfügung der l. un. C. cit. aber lautet: „derelictam sibi hereditariam portionem posse transmittere", vgl. Vangerow a. a. O. S. 454.

7) Diese Ausdehnung ist auch kein Bedürfniß, wenn man, wie wir oben thaten, annimmt, daß nach der Novelle 118 auch in der Descendentenklasse successio graduum stattfindet, daß die successive Delation der Akrescenz der Miterben vorgeht, und daß die successive Berufung selbst an Personen gehen kann, die zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht koncipirt waren.

8) Vangerow a. a. O. S. 452.

9) Anders Vangerow a. a. O.

10) Die heutzutage herrschende Lehre nimmt an, unsere Transmission sei durch die Bestimmungen der lex Papia Poppaea veranlaßt, „wonach regelmäßig ein

3. Die transmissio Justinianea oder der Erben ist allgemein für die Erben des Berufenen bestimmt.[11] Sie ist nur zeitlich beschränkt. In der Regel ist ihre Grenze ein Jahr, von dem Augenblicke an, in welchem der Berufene die Berufung erfuhr.[12] Die Frist verkürzt sich aber, wenn dem Berufenen eine kürzere Deliberationsfrist ertheilt ist, auf deren Zeit.

Streitfrage ist, ob diese Transmission auch eintritt, wenn der Berufene verstarb, ehe er die Berufung erfahren hat?

Dafür spricht zwar nicht das Wort des Gesetzes, wohl aber dessen allgemeine Tendenz.[13] Die Frist läuft in diesem Falle sinnentsprechend

---

ex parte eingesetzter Erbe die Erbschaft nicht ante apertas tabulas antreten, also, wenn er früher starb, dieselbe nicht als schon erworbene auf seine Erben transmittiren konnte". Der Zweck der Verordnung sei also nur gewesen, diesen Kaducitätsfall in einem gewissen Maße zu beseitigen, indem man die Descendenten der eingesetzten Descendenten succediren ließ, wenn diese ante apertas tabulas wegfielen. Allein die entscheidenden Worte der Verordnung harmoniren mit dieser Lehre nicht. Es heißt da, die Descendenten sollen ihre Erbportion auf ihre Nachkommen transmittiren, „licet non sint invicem substituti seu cum extraneis seu soli sint instituti et ante apertas tabulas defuncti". Damit wird ausgesprochen, die Transmission solle auch eintreten, wenn die Erbportion eigentlich caducum wäre, wie namentlich der Fall ist, wenn nicht durch gegenseitige Substitution der Miterben die Kaducität ausgeschlossen ist. Die Verordnung will also die Transmission nicht etwa auf den Fall beschränken, in welchem nach dem Rechte der Zeit Kaducität eintrat, sondern nur hervorheben, daß sie auch in diesem Falle einzutreten habe. Für die Gegner spricht allerdings die Ueberschrift des Titels. Aber Titelüberschriften haben keine gesetzliche Kraft und fallen selbst bei einer sorgfältigeren Gesetzgebung, als die der justinianischen Kompilation ist, leicht inkorrekt aus, weil sie die Auffindung und Uebersicht erleichtern, nicht aber Gesetz sein sollen. Die hier vertheidigte Meinung war in früherer Zeit die herrschende. Erst in neuerer Zeit hat die entgegengesetzte Platz gegriffen, vor allem auch in Folge der Ausführungen von Bangerow.

11) l. 19 C. de jure deliberandi 6, 30. Bangerow im Archiv für civ. Praxis Bd. 24 n. 5; Wieding, die Transmission Justinians 1859.

12) Wieding a. a. O. und Brinz Bd. 3 S. 162 Anm. 27 erachten als Anfangspunkt für die Jahresfrist den Augenblick des Todes des Erblassers. Es stimmt dies nicht mit der l. 19 cit. § 3, obgleich nicht zu leugnen ist, daß deren Ausdrucksweise ziemlich verworren ist.

13) Die Zulassung der Transmission der Erben in Fällen, in welchen der Berufene ohne Kenntniß der Berufung verstarb, vertheidigt gründlich und überzeugend Bangerow a. a. O. S. 178. Ihm folgt Windscheid Bd. 3 § 600. Für die Gegenansicht ist u. a. Köppen, Lehrbuch S. 171 Anm. 1. Die Ansicht Bangerows hat die besseren Gründe für sich. Allerdings hat Justinian in seiner Verordnung den gewöhnlichen Fall vor Augen, daß der Berufene die Berufung erfahren und sich noch nicht über dieselbe entschieden hat. Aber im § 1 stellt er nur folgende Bedingungen der Transmission auf: a) Berufung zur Erbschaft, mag nun der Berufene eine Deliberationsfrist erbeten haben — deliberationem meruerit — oder nicht, b) daß der Berufene noch nicht ablehnte — die Worte „ut ex hac causa deliberare videatur" sind Motiv des Gesetzgebers, keine Beschränkung der Disposition —, c) die Präklusivfrist eines Jahres. Wenn dann die Verordnung vom § 2 an die Frist nur für den Fall näher normirt, in welchem der Berufene Kenntniß der Berufung hatte, so folgt daraus nicht, daß die Transmission auf diesen Fall beschränkt sein solle. Daß dies in der That nicht die Meinung Justinians war, ergiebt die

von dem Augenblicke an, in welchem der Erbe des Berufenen die Kenntniß der Berufung seines Erblassers erhält.[14]

4. Theodosius und Valentinian III. gewährten dem Vater die s. g. transmissio ex capite infantiae.[15]

Wenn einem Kinde unter 7 Jahren eine Erbschaft angetragen wird, und wenn das Kind stirbt, bevor es die Erbschaft erwirbt, so soll sie sein Vater, selbst wenn er nicht dessen Gewalthaber war, anstatt des Kindes für sich erwerben können.[16]

II. Die Veräußerung des Rechtes aus der Berufung. Veräußerung der Erbschaft.

§ 167. Abtretung des Rechtes aus der Berufung.

Das altrömische Recht kannte die Abtretung einer deferirten, noch nicht erworbenen hereditas legitima durch in jure cessio.[1]

In Folge dieser Cession galt der Cessionar als der Erbe; er war als solcher ausschließlich erbberechtigt und ausschließlich den Erbschaftsgläubigern verpflichtet. Der Cedent aber hatte weder erbschaftliche Rechte noch Pflichten.

Solche Cession der Erbschaft war den suis nicht möglich, weil sie unmittelbar mit der Berufung Erben geworden sind; ebensowenig den Testamentserben, welche als Vertrauenspersonen des Erblassers die Erbschaftsverhältnisse persönlich zu ordnen hatten.

Novelle 158. Dieselbe entscheidet einen Rechtsfall, in welchem eine Mutter mit Hinterlassung einer unmündigen Tochter verstarb, die nach wenigen Tagen gleichfalls durch den Tod weggerafft wurde. Obgleich die unmündige Tochter im Rechtssinne keine Kenntniß von ihrer Berufung haben konnte, soll sie doch das Recht der Antretung der Erbschaft ihrer Mutter auf ihre Erben transmittiren; besonders, fügt Justinian hinzu, weil sie innerhalb eines Jahres vom Tode der Mutter gestorben ist. Daß diese beiläufige Bemerkung, welche unter allen Umständen, so wie sie steht, nicht ausreicht, keine Vorschrift über die Berechnung der Frist enthält, ist klar. Die Novelle 158 ist nicht glossirt. Als Zeugniß für die Auffassung Justinians behält sie aber gleichwohl ihr Gewicht.

14) So Göring a. a. O. S. 177. Meist läßt man die Frist in diesem Falle vom Tode des Berufenen an laufen.

15) l. 18 §§ 1 ff. C. de jure deliberandi 6, 30.

16) Köppen, System S. 401 spricht dieser Transmission die praktische Geltung ab. Sie ist jedenfalls ein Anachronismus, seit der Nachlaß des unmündigen Kindes nicht mehr ausschließlich dessen Vater zukommt.

1) Das nähere siehe bei Gajus Inst. II §§ 35 ff., III § 85; Ulpian. fragm. XIX §§ 12 ff.; Scheurl, Beiträge Bd. 1 S. 94; Pernice, Labeo Bd. 1 S. 341; Avenarius, Erbschaftskauf S. 4.

Manche betrachten die Abtretung einer deferirten gesetzlichen Erbschaft als ein dem jüngsten römischen und dem heutigen Rechte angehörendes Institut.[2]

Hiergegen sprechen aber äußere und innere Gründe.

Denn in der justinianischen Kompilation sind alle Stellen des älteren Rechtes ausgemerzt, welche das Institut regelten. Einige Anspielungen auf dasselbe sind allerdings nicht eliminirt. Aber sie sind viel zu entfernt, als daß sich die Voraussetzungen und Wirkungen des Institutes aus ihnen rekonstruiren ließen.[3]

Die Zulassung solcher Cession ist aber auch bedenklich. Denn sie ermöglicht dem berufenen Erben, sich den pekuniären Vortheil der Erbschaft durch den Kaufpreis anzueignen und die Erbschaftsgläubiger auf einen chikanösen und gewissenlosen Käufer zu verweisen.

§ 168. Die Veräußerung der Erbschaft.[1]

Zulässig sind Veräußerungen, insbesondere Verkäufe erworbener Erbschaften.[2 3]

---

2) Hierfür sind Puchta, Pand. § 503 und Windscheid Bd. 3 § 601 Anm. 4, dagegen ist neuerdings Köppen, Lehrbuch des Erbrechts S. 143 Anm. 2.

3) Die Hauptstelle ist die l. 4 § 28 D. de doli mali exc. 44, 4. Ulpianus libro 76 ad edictum: Si, cum legitima hereditas Gaji Seji ad te perveniret et ego essem heres institutus, persuaseris mihi per dolum malum, ne adeam hereditatem, et posteaquam ego repudiavi hereditatem, tu eam Sempronio cesseris pretio accepto isque a me petat hereditatem: exceptionem doli mali ejus qui ei cessit, non potest pati. Dieser Entscheidung Ulpians lag allerdings der Gedanke zu Grunde, daß die Klagen des Cessionars der hereditas legitima aus seinem eigenen, durch die Cession geschaffenen Erbrechte erwachsen, daß er also nicht mit einer ihm abgetretenen Erbschaftsklage seines Verkäufers auftrete. Es ist aber nicht anzunehmen, daß die Kompilatoren diesen Zusammenhang durchschauten. Sie unterstellten vielmehr einen gewöhnlichen Erbschaftskauf und flickten auf denselben eine Entscheidung auf, welche zwar zu dessen Principien nicht paßte, die ihnen aber zweckmäßig schien.

1) Tit. Dig. de hereditate vel actione vendita 18, 4. Cod. 4, 39; Keller, Institutionen S. 325; Avenarius, der Erbschaftskauf 1877.

2) In dem Verkaufe einer dem Verkäufer *deferirten* Erbschaft liegt zugleich deren Antritt durch den Verkäufer, eine pro herede gestio. Schwer begreiflich ist, daß dies z. B. Arndts § 512 in Abrede stellt und Köppen, Lehrbuch S. 154 die Veräußerung einer erst deferirten Erbschaft gar „als nichtig" erachtet. Gilt doch sogar als Erbschaftsantritt, wenn der Berufene die ihm deferirte Erbschaft testamentarisch weiter *vermacht*, l. 6 C. de jure deliberandi 6, 30. Allerdings findet sich die Aeußerung Ulpians libro 7 ad Sabinum l. 6 D. de R. J. 50, 17: Non vult heres esse, qui ad alium transferre voluit hereditatem. Das war aber bezüglich der alten in jure cessio hereditatis von Ulpian ausgesprochen. Es paßt im justinianischen Rechte etwa noch für Fälle, in denen der Institut durch Vertrag mit dem Substituten diesem die Erbschaft überläßt.

3) Denkbar ist auch der Verkauf der einem Dritten zugefallenen Erbschaft, l. 8 D. h. t. 18, 4. Es muß aber eine Erbschaft bestehen, damit das Geschäft gültig sei, l. 7 D. h. t. 18, 4.

Solche Geschäfte ändern nichts an den Verpflichtungen des Erben gegenüber den Erbschaftsgläubigern und anderen Berechtigten.

Sie begründen aber zwischen den Kontrahenten die gegenseitige Verbindlichkeit, das wirthschaftliche Resultat herzustellen, wie wenn der Käufer und nicht der Verkäufer der Erbe wäre.[4]

1. Der Verkäufer ist hiernach zur Uebertragung aller Nachlaßaktiven verbunden. Er hat körperliche Sachen durch Tradition zu übereignen,[5] Forderungen durch Cession.[6] Und zwar ist zu übertragen, was zum Nachlaß im Augenblicke des Verkaufsschlusses gehört[7] und sich hieraus noch weiter entwickelt.[8] Wegen solcher Erbschaftsobjekte, die der Verkäufer vor dem Verkaufe der Erbschaft entfremdete, haftet er, wenn ihm Dolus oder grobe Verschuldung zur Last fiel, dem getäuschten Käufer.[9]

Der Verkäufer steht in der Regel dafür ein, daß dem Käufer der verkaufte Nachlaß zukommt und verbleibt.[10] Aber wegen Eviktion oder wegen verborgener Mängel einzelner Nachlaßobjekte haftet er nicht, außer in Fällen besonderer Garantie, von Dolus und von grober Verschuldung.[11]

Streitig ist, ob der Käufer, welcher von einem Theilerben dessen Erbe kauft, auch die später seinem Verkäufer anwachsenden Theile

---

4) l. 2 pr. D. h. t. 18, 4. Ulpianus libro 49 ad Sabinum: Venditor hereditatis satisdare de evictione non debet, cum id inter ementem et vendentem agatur, ut neque amplius neque minus juris emptor habeat, quam apud heredem futurum esset, l. 2 § 18 D. cit. . . . aequissimum videtur emptorem hereditatis vicem heredis optinere.

5) Der Verkäufer bleibt natürlich Eigenthümer der Nachlaßsachen, solange deren Tradition an den Erbschaftskäufer nicht vollzogen ist. Daher l. 6 C. h. t. 4, 39.

6) Vgl. l. 5 C. h. t. 4, 39. Auch Forderungen und andere Rechte, welche der Verkäufer persönlich für Rechnung der Erbschaft erwarb, hat er abzutreten, l. 2 § 8 D. h. t. 18, 4.

7) l. 2 § 1 D. h. t. 18, 4. Plerumque autem hoc agi videtur, ut quod ex hereditate pervenit in id tempus quo venditio fit id videatur venisse.

8) l. 2 § 4 D. h. t. 18, 4.

9) l. 2 § 5 D. h. t. Die l. 2 § 3 D. h. t. bemerkt „sed et rerum ante venditionem donatarum pretia praestari aequitatis ratio exigit". Dies ist gewiß nicht ohne Unterscheidung anzuwenden, weil keineswegs unter allen Umständen den Vertragsintentionen entsprechend.

10) Es kann auch bloß das „etwaige", vermeinte Erbrecht des Verkäufers veräußert sein. Dann haftet der Verkäufer, wenn sich seine Erbansprüche als illusorisch herausstellen, nicht, es falle ihm denn Dolus zur Last, l. 10, l. 11 D. h. t. 18, 4.

11) l. 1 C. de evictionibus 8, 44, l. 14 in fin., l. 15 D. h. t. 18, 4, l. 33 pr. D. de aedilicio edicto 21, 1.

zu beanspruchen hat? Es ist dies Frage der Auslegung des Vertrages, im Zweifel aber zu verneinen.[12]

2. Der Käufer hat eine doppelte Verbindlichkeit, nämlich:

a) den bedungenen Kaufpreis zu entrichten,

b) dem Verkäufer die Erbschaftslasten abzunehmen.

3. Ansprüche zwischen dem Verkäufer und dem Erblasser, welche durch den Erbschaftserwerb konfundirt wurden, sind ihrem wirthschaftlichen Erfolge nach wieder herzustellen.[13]

4. Die Erbschaftsgläubiger und Legatare können den Verkäufer als ihren Schuldner, unerachtet des Verkaufes, in Anspruch nehmen.[14]

Nach heutigem Rechte übernimmt aber auch der Erbschaftskäufer die Erbschaftsschulden mittels des Kaufgeschäftes, so daß ihn die Gläubiger gleichfalls belangen können.[15]

Viertes Kapitel.

Die Wirkungen des Erbschaftserwerbes.

I. Die Repräsentation des Erblassers durch den Erben.

§ 169. Die Rechtsstellung des Erben im allgemeinen.

Der Erbe tritt in Folge des Erbschaftserwerbes an die Stelle des Erblassers.[1] Demnach werden:

a) alle vererblichen Rechte und Pflichten des Erblassers unmittelbar mit dem Erbschaftserwerbe die seinen.

Dies gilt insbesondere von den Rechten und Pflichten, die dessen Vermögen zugehörten. Denn die Vererblichkeit der Vermögensrechte ist die Regel.[2]

---

12) Siehe oben § 122 Anm. 8. Die Ansichten sind sehr getheilt, vgl. die bei Avenarius a. a. O. S. 58 citirten.

13) l. 2 § 18 und § 19 D. h. t. 18, 4, l. 9 D. communia praediorum 8, 4.

14) l. 2 C. h. t. 4, 39, l. 28 D. de donationibus 39, 5.

15) Dies ist freilich bestritten. Vgl. aber die bei Avenarius a. a. O. S. 93 citirten Belege.

1) Oben Bd. 3 § 55.

2) Unvererblich sind unter anderem Nießbrauch — vgl. oben Bd. 1 § 246 — und Alimentationsansprüche — oben Bd. 2 § 31. — Ueber die passive Unvererblichkeit der Deliktsansprüche siehe oben Bd. 2 § 129.

Der Besitz dagegen ist unvererblich.[3]

b) Des weiteren verbinden die Rechtshandlungen des Erblassers den Erben wie eigene Handlungen.[4] Hat daher der Erblasser Sachen seines künftigen Erben veräußert[5] oder verpfändet,[6] so konvalescirt das vom Erblasser verliehene Recht mit dem Erwerb des Erben.

c) In Folge der Universalsuccession fließen die Vermögen des Erblassers und des Erben zu einer Einheit zusammen. Daher erlöschen Forderungen und dingliche Rechte, die zwischen dem Erblasser und dem Erben bestanden, mit dem Erschaftserwerbe durch Konfusion.

Immerhin wirkt die historische Thatsache, daß der Nachlaß des Erblassers ein selbständiges Vermögen bildete, auch nach dem Erbschaftserwerbe noch fort. Daher muß die Erbschaft noch immer in vielen und wichtigen Beziehungen als eine Einheit — ein Sondervermögen — behandelt werden.[7] Als ein solches Sondervermögen erscheint die Erbschaft namentlich bei Anordnung eines Universalfideikommisses, ferner im Falle der Separation des Nachlasses auf Antrag der Erbschaftsgläubiger, in gewissem Maße auch, wenn der Erbe die Rechtswohlthat des Inventars hat, und bei der Erbschaftsklage.

§ 170. Absonderungsrecht der Erbschaftsgläubiger.[1]

Die Konfusion des Nachlasses mit dem Vermögen des Erben ist den Erbschaftsgläubigern nachtheilig, wenn der Erbe überschuldet, der Nachlaß aber nicht oder doch weniger überschuldet ist. Denn in Folge der Konfusion der Vermögen unterliegen die Erbschaftsgläubiger nunmehr der Konkurrenz der eigenen Gläubiger des Erben und müssen mit diesen im Falle der Eröffnung eines Konkurses über das Vermögen des Erben in das Theil gehen, während sie ohne den Antritt des Erben aus dem Nachlasse vollständige oder doch bessere Befriedigung erwarten durften.

Hierin liegt eine Unbilligkeit, die gesunder Kreditgewährung nicht förderlich ist. Denn der Gläubiger kann bei der Kreditirung nur die

---

3) Oben Bd. 1 § 182 Anm. 11.

4) Daher der Spruch: „heres facta defuncti praestare debet".

5) Oben Bd. 1 § 216.

6) Oben Bd. 1 § 267 Anm. 10.

7) Andere Auffassungen hat Brinz Bd. 3 S. 2.

1) Tit. Dig. de separationibus 42, 6, Cod. de bonis auct. judicis possidendis . . . et de separationibus 7, 72. Die in meinem preuß. Privatrecht Bd. 3 § 233 ausgesprochenen Auffassungen sind in einigen Beziehungen hier modificirt.

Person und die Umstände seines Mitkontrahenten prüfen, nicht aber berechnen, wie lange er lebt und wer sein Erbe wird.

Andererseits ist der Vortheil, den die eigenen Gläubiger des Erben auf Kosten der Erbschaftsgläubiger erlangen, ein unverdienter; er würde nicht selten eine Prämiirung ungesunden Kredites bilden.

Diese Erwägungen führten dahin, den Erbschaftsgläubigern *Separation des Nachlasses zu gewähren, damit sie sich aus demselben vorzugsweise befriedigen.*[2] Sie haben dies Recht nicht bloß im Falle des *Konkurses* des Erben, sondern auch, wenn sie sonst durch die Konkurrenz der Gläubiger des Erben gefährdet wären.[3]

1. Jeder einzelne Nachlaßgläubiger ist selbständig zum Antrage auf Separation befugt.[4]

Auch Legatare haben das Separationsrecht, denn auch sie verdienen Befriedigung aus dem Nachlasse vor den Gläubigern des Erben.[5]

2. Der Antrag auf Separation ist ausgeschlossen:

a) wenn der Antragsteller den Erben bereits als Schuldner annahm,[6]

b) wenn die Separation thatsächlich unausführbar wurde, weil die Vermögen unscheidbar verschmolzen sind,[7]

c) nach Ablauf von 5 Jahren von dem Erbschaftserwerb an.[8]

3. Die Separation geschieht durch richterliches Erkenntniß. Zu ihrer Durchführung ist ein Nachlaßkurator zu ernennen, welcher die Gläubiger befriedigt. Ist der Nachlaß zahlungsunfähig, so kann Konkurs über ihn eröffnet werden.[9] Ueberschuß über die Erbschaftsschulden kommt natürlich dem Erben, beziehungsweise seinen Gläubigern zu gute.

---

2) l. 1 § 1 D. h. t. 42, 6.

3) Der Prätor versprach die Separation „causa cognita", l. 2 C. h. t. 7, 72. Sie wurde danach vorzugsweise in Fällen des Konkurses des Erben bewilligt, l. 1 §§ 1 und 9, l. 6 D. h. t. 42, 6, aber auch in anderen Fällen, l. 1 §§ 6 und 18 D. h. t.

4) l. 1 § 16 D. h. t. 42, 6.

5) l. 6 pr. D. h. t. 42, 6. Den Erbschaftsgläubigern stehen sie natürlich nach.

6) l. 1 §§ 10, 11 und 15 D. h. t. 42, 6. Solche Kreditirung liegt z. B. im Abschluß neuer Zinsverträge mit dem Erben, Annahme eines Bürgen, keineswegs aber schon darin, daß man Zinszahlungen auf verzinsliche Erbschaftsschulden vom Erben annimmt. Offenbar genügt auch nicht Klage gegen den Erben, trotzdem daß „judicio contrahitur", denn die Klage geschieht „ex necessitate", l. 7 D. h. t. 42, 6.

7) l. 1 § 12 D. h. t. 42, 6.

8) l. 1 § 13 D. h. t. 42, 6.

9) Die Separation hat zur Folge, daß der Nachlaß bezüglich der Nachlaßgläubiger so zu behandeln ist, wie wenn nicht angetreten wäre. Daher kann die Anwendung von K.O. § 202 nicht in Abrede gestellt werden.

4. Die Separation ergreift, was der Erblasser direkt hinterließ, wie auch, was sich aus dem Nachlasse entwickelt hat.

Verfügungen des Erben über den Nachlaß zu Gunsten Dritter bis zur Separation bleiben auch nachher in Kraft, sofern sie nicht in Einverständniß mit dem Dritterwerber dolos zum Nachtheile der Erbschaftsgläubiger vorgenommen wurden.[10]

5. Unter den römischen Juristen war streitig, ob Nachlaßgläubiger, welche die Separation erlangt hatten, wenn sich der Nachlaß hinterher als unzureichend erwies, wiederum den Erben als ihren persönlichen Schuldner mit seinem eigenen Vermögen in Anspruch nehmen können?

Hierfür ließ sich das strenge Recht geltend machen. Aber nachdem die Erbschaftsgläubiger den Erben als ihren Schuldner zurückgewiesen haben und ihm den Nachlaß entzogen, fordert es die Konsequenz, daß auch dieser von ihnen los ist. Dies haben daher die späteren römischen Juristen mit Recht angenommen.[11]

6. Haben auch die Gläubiger des Erben das Recht auf Separation des Vermögens des Erben, wenn die Erbschaft, welche ihr Schuldner antrat, insolvent ist und die Konkurrenz mit den Gläubigern des Erblassers ihnen daher Schaden bringt? Was dem einen recht ist, scheint dem anderen billig. Dennoch wird eine solche Separation nicht zugelassen,[12] und zwar mit Recht. Denn die Gläubiger des Erben müssen es sich selber zuschreiben, wenn sie einem Schuldner kreditiren, welcher unvorsichtigerweise eine insolvente Erbschaft antritt, wie sie ja überhaupt durch verlustbringende Geschäfte desselben benachtheiligt werden können. Warum haben sie sich mit ihm eingelassen?

---

10) l. 2 D. h. t. 42, 6. Die Worte „si nulla fraudis incurrat suspicio" sind auf den Fall einer Kollusion mit dem Dritterwerber zu beziehen. — Die Bestimmung der l. 1 § 3 D. h. t. 42, 6, wonach die separirenden Nachlaßgläubiger den Vorzug vor solchen Gläubigern haben, welche bona fide Nachlaßsachen vom Erben zum Pfande erhielten, ist mit dem heutigen Pfandrechte nicht mehr vereinbar.

11) Die Entscheidungen der römischen Juristen widersprechen sich. Der Widerspruch ist historisch zu erklären. Da der Erbe an sich Schuldner der Nachlaßgläubiger geworden ist, glaubte ihn die Jurisprudenz ursprünglich seiner persönlichen Haftung trotz des Separationsgesuches des Gläubigers nicht entbinden zu können. Auf diesem Standpunkte stand noch Papinian, welcher sich daher nur für eine Beschränkung der Rechte der Nachlaßgläubiger aussprach, l. 3 § 2 D. h. t. 42, 6. Paulus dagegen in der l. 5 D. eod. wie auch Ulpian in der l. 1 § 17 D. eod. gingen weiter und behandelten mit Recht das Separationsgesuch des Gläubigers als Verzicht auf die persönliche Inanspruchnahme des Erben. Die Ansichten der neueren sind getheilt. Windscheid Bd. 3 § 607 z. B. will gegenüber dem Widerspruche der Quellen dabei stehen bleiben, daß der Erbe Schuldner der Erbschaftsgläubiger geworden ist.

12) l. 1 § 2 D. h. t. 42, 6.

§ 171. Die Rechtswohlthat des Inventars.[1]

Der Erbe haftet den Erbschaftsgläubigern persönlich, auch wenn der Nachlaß überschuldet ist.[2]

Auch in der älteren Zeit fehlte es nicht ganz an Hülfe gegen die hieraus erwachsenden Nachtheile. Der Erbe konnte, falls sich nach dem Erbschaftserwerbe eine nicht voraussehbare Schuldenlast ergab, wegen entschuldbaren Irrthums Restitution erlangen, und Soldaten gab man seit Gordian ohne weiteres Restitution, wenn sich Ueberschuldung des Nachlasses herausstellte.[3] Doch Ausnahmen vom Principe lagen hierin nicht. Denn die so Begünstigten hörten in Folge der Restitution auf Erben zu sein, waren also keineswegs Erben mit beschränkter Haftung.

Erst Justinian führte mittels der Rechtswohlthat des Inventars eine beschränkte Haftung der Erben ein.[4] Wenn nämlich der Erbe — welcher sich nicht eine Ueberlegungsfrist erbittet[5] — ein Inventar, d. h. ein Verzeichniß der Nachlaßobjekte, rechtzeitig und in gehöriger Form errichtet, soll er den Nachlaßgläubigern nur auf den Betrag des Nachlasses verpflichtet sein.

Hierdurch näherte sich das jüngste römische Erbrecht in merkwürdiger Weise dem älteren deutschen Rechte, in welchem der Gedanke überwog, daß der Erbe den Erbschaftsgläubigern nur mit dem Nachlasse verpflichtet sei.

1. Die Rechtswohlthat wird durch die rechtzeitige Errichtung des Inventars erworben. Es bedarf keiner besonderen Erklärung hierüber, noch auch einer speciellen Verleihung durch die Obrigkeit.

Erforderlich ist Beginn der Inventarisirung binnen 30 Tagen von Kenntniß der Berufung an, und Vollendung des Inventars binnen weiterer 60 Tage. Die Frist erstreckt sich auf ein Jahr vom Tode des Erblassers an, wenn der Wohnsitz des Erben von dem Orte ent-

---

1) Buchholtz in Lindes Zeitschrift Bd. 10 S. 402, Mühlenbruch bei Glück Bd. 41 S. 355, siehe ferner Hofmann in Grünhuts Zeitschrift Bd. 8 S. 555.

2) l. 8 pr. D. de a. vel o. her. 29, 2. Ulpianus libro 7 ad Sabinum . . . hereditas autem, quin obliget nos aeri alieno etiam si non sit solvendo, plus quam manifestum est.

3) § 6 J. de heredum qualitate 2, 19.

4) l. 22 C. de jure deliberandi 6, 30 aus dem Jahre 531, § 6 J. de her. qualitate 2, 19 und nov. 1 cap. 2.

5) l. 22 § 14 C. h. t. 6, 30. Also verordnete Justinian, weil er die Deliberationsfrist, die er nicht gerade beseitigen wollte, den Erben zu verleiden dachte. Vgl. oben Bd. 3 § 164.

fernt ist, an welchem sich der Nachlaß mindestens zum größeren Theile befindet.

Bei der Errichtung ist ein Notar und es sind die ortsanwesenden Gläubiger und Legatare, in Ermangelung solcher 3 ortsansässige Zeugen zuzuziehen.[6]

Der Erbe und der Notar müssen unterschreiben. Der Erbe hat einen Manifestationseid zur Bekräftigung des Inventars auf Verlangen der Erbschaftsgläubiger und Legatare zu leisten.

Soldaten soll Versäumniß der Frist und Verfehlung gegen die Form nicht schaden.[7]

In der deutschen Praxis wird die Rechtswohlthat meist durch die Erklärung bei Gericht, daß man sub beneficio inventarii antrete, gewahrt, worauf das Gericht das Inventar aufnimmt.[8]

2. Die Verpflichtung des s. g. Inventarerben — Beneficialerben — beschränkt sich auf die Mittel des Nachlasses.

Der Nachlaß ist dabei zu berechnen nach Abzug der Kosten der Inventarisirung und der Liquidation der Erbschaft, sowie der Kosten der Beerdigung des Erblassers. Forderungen, die der Erbe gegen den Erblasser hatte, mindern die Masse,[9] Forderungen des Erblassers gegen den Erben vermehren sie.

Bei der Durchführung der Rechtswohlthat ergeben sich schwierige Probleme.

a) Es wäre denkbar, daß vollständige Separation des Nachlasses vom Vermögen des Erben bis zur Befriedigung der Nachlaßgläubiger einträte.

Hiervon ist gemeinrechtlich nicht die Rede. Insbesondere verfügt der Erbe frei über den Nachlaß.[10] [11]

Nur in einzelnen Partikularrechten kommt es zur Separation der

---

6) Wo das private Inventar durch den Erben in Uebung ist, sind die Formen derzeit einfachere, siehe Mühlenbruch a. a. O. Bd. 41 S. 362.

7) l. 22 § 15 C. h. t. 6, 30.

8) Seuffert, praktisches Pandektenrecht § 572 am Ende.

9) l. 22 § 9 C. h. t. 6, 30.

10) Der Inventarerbe war nach l. 22 C. cit. sogar befugt, verpfändete Nachlaßsachen pfandfrei zu veräußern und daraus Nachlaßgläubiger und Legatare zu befriedigen. Die hierdurch expropriirten Hypothekare hatten nur eine condictio gegen diejenigen Personen, welche aus dem Erlöse befriedigt waren; gegen die Käufer der Pfänder hatten sie keine Ansprüche. Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 594. Derzeit ist dies in Folge der Entwickelung des Pfandrechtes antiquirt.

9) Während der Errichtung des Inventars dürfen weder die Erbschaftsgläubiger noch die Legatare die Erben gerichtlich betreiben oder zum Pfandverkauf verpfändeter Nachlaßsachen schreiten, l. 22 § 11 C. h. t. 6, 30. Die C.P.O. § 696 Abs. 2 hat dies für die Zwangsvollstreckung aufrecht erhalten.

Erbschaft, so daß das Gericht den Nachlaß in Beschlag nimmt und die Abwickelung der Erbschaftsgeschäfte besorgt.

b) Eine Hauptfrage ist, ob der Erbe bloß *mit den Nachlaßobjekten* für die Nachlaßschulden haftet, oder ob sich die Rechtswohlthat darauf beschränkt, daß er nur auf *Höhe des Betrages des Nachlasses* verpflichtet ist.

Das letztere ist justinianisches Recht. Die Nachlaßgläubiger können also auch aus dem eigenen Vermögen des Erben ihre Befriedigung entnehmen und dasselbe pfänden. Nur die Summe, welche sie vom Inventarerben beitreiben können, ist durch den Werthbetrag des Nachlasses beschränkt.[12]

Die gemeinrechtliche Praxis ist aber einen erheblichen Schritt weiter gegangen. Nach ihr haftet der Beneficialerbe nur *mit den Nachlaßobjekten* den Nachlaßgläubigern. Diese können also Exekution nur in die Nachlaßobjekte betreiben. Soweit jedoch aus dem Nachlaß Werthe in das eigene Vermögen des Erben flossen, kann er auch persönlich aus diesem Vermögen in Anspruch genommen werden.[13]

c) Es fragt sich, ob der Beneficialerbe die Nachlaßgläubiger unter Berücksichtigung ihrer konkursmäßigen *Priorität* zu befriedigen hat, so daß er hierfür persönlich verantwortlich ist, oder ob er sie befriedigen kann, wie sie sich melden, ohne alle Rücksicht auf Vorzugsrechte.

Das letztere ist das System des justinianischen Rechtes. Dem Erben wird also die schwierige Aufgabe, die Priorität der Nachlaßforderungen festzustellen, nicht aufgebürdet.[14]

Hat er jedoch Legatarien vor Erbschaftsgläubigern befriedigt, so können die letzteren das den Legatarien gezahlte kondiciren.[15]

---

12) l. 22 § 4 C. h. t. 6, 30 „ut in tantum creditoribus hereditariis teneantur, in quantum res substantiae ad eos devolutae valeant".

13) Hiernach bestimmt R.G. Bd. 1 S. 98 als rechtliche Wirkung des Erwerbes unter dem beneficium inventarii, „daß die Erben in Folge dessen nicht unbeschränkt mit ihrem ganzen Vermögen, sondern nur mit der Erbschaft für die Erbschaftsschulden haften, und daß die Erbschaftsgläubiger zum Zweck ihrer Befriedigung zunächst nur *die zur Erbschaft gehörenden Vermögensstücke angreifen dürfen*". In gleicher Weise entscheidet das R.G. Bd. 8 S. 268 in einer preußischen Sache die Streitfrage, ob der „Erbschaftsgläubiger seine Befriedigung aus dem Nachlasse suchen muß, oder ob der Erbe für die Erbschaftsschulden persönlich mit seinem ganzen Vermögen, aber nur bis zum Betrage des Nachlasses haftet", in ersterem Sinne.

14) l. 22 § 4a C. h. t. 6, 30. Et eis satisfaciant, qui primi veniant creditores, et si nihil reliquum est, posteriores venientes repellantur et nihil ex sua substantia peintus heredes amittant.

15) l. 22 § 5 C. cit. Windscheid Bd. 3 § 606 Anm. 11 will den privilegirten Gläubigern das Recht geben, das den nichtprivilegirten gezahlte zurückzufordern, dagegen verweigert er dem gewöhnlichen Gläubiger eine ratuelle Rückforderung gegenüber

Partikularrechtlich nimmt nicht selten das Gericht die Sache in die Hand und befriedigt die Gläubiger nach ihrem Vorzuge im Konkurse.[16]

Gemeinrechtlich bleibt es dem einzelnen Gläubiger überlassen, im Falle der Insolvenz des Nachlasses Konkurs über denselben zu beantragen.[17]

II. Die Klagen des Erben.

§ 172. Die Erbschaftsklage.[1]

Die Erbschaftsklage — hereditatis petitio — ist die Vindikation des Nachlasses durch den Erben.[2 3] Ihr Grund ist das Erbrecht des Klägers, ihr Gegenstand die Herausgabe des Nachlasses.

1. Kläger ist der Erbe, sowie wer an Erbesstatt steht,[4] also der

anderen vollbefriedigten gewöhnlichen Gläubigern. Dies ist nicht folgerecht. Es entspricht auch dem Worte und dem Sinne der Verordnung Justinians nicht. Von den Hypothekarien, deren dingliches Recht an der Pfandsache durch deren pfandfreien Verkauf seitens des Erben expropriirt wurde, kann ein Schluß auf bloß privilegirte Chirographargläubiger gewiß nicht gemacht werden. So auch Brinz a. a. O. S. 212 Anm. 16.

16) Seuffert, praktisches Pandektenrecht § 572 a. E.

17) K.O. § 205.

1) Tit. Dig. de hereditatis petitione 5, 3, Cod. de pet. her. 3, 31; Arndts, Wesen und Umfang der her. pet. in seinen Beiträgen S. 81 und civ. Schriften Bd. 2 n. 47; Dernburg, über das Verhältniß der hereditatis petitio zu den erbschaftlichen Singularklagen 1852; Zimmermann im Archiv f. civ. Praxis Bd. 29 n. 6 und 15; Francke, exegetisch-dogmatischer Kommentar über den Pandektentitel de hereditatis petitione 1864; E. Cohn, die Voraussetzungen der hereditatis petitio 1883, Breslauer Inauguraldissertation; Ruhstrat im Archiv f. civ. Praxis Bd. 67 n. 10: über die Rechtsverhältnisse der Erbschaftsbesitzer; Brinz Bd. 3 S. 214; Pfersche, privatrechtl. Abhandlungen 1886; „die Erbschaftsklage" S. 254; Lammfromm, zur Geschichte der Erbschaftsklage 1887.

2) Arndts, Beiträge a. a. O. S. 15 betrachtet die hereditatis petitio als Vindikation des „Erbrechtes" des Klägers, vgl. auch Arndts, Pand. § 531. Sie ist aber vielmehr die Vindikation des „Nachlasses". Die Gründe sind bei Dernburg a. a. O. S. 13 ausgeführt. So auch Francke a. a. O. S. 2, Windscheid Bd. 3 § 611 Anm. 3. Es ist übrigens auch eine Feststellungsklage bezüglich der Frage, ob Kläger Erbe sei, zulässig, wenn Kläger ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung hat. Diese Klage kann auch anstellen, wer im vollen Besitze des Nachlasses ist, nicht minder kann sie gegen einen Nichtbesitzer von Nachlaßobjekten erhoben werden. Sie ist aber keine „hereditatis petitio".

3) Die Formel der hereditatis petitio hat Lenel, edictum S. 140 folgendergestalt restituirt: „Si paret hereditatem q. d. a. ex jure Quiritium A^i A^i esse, quidquid N^m N^m ex ea hereditate pro herede aut pro possessore possidet, si arbitrio tuo id non restituetur, quanti ea res erit tantam pecuniam N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a." Die Fassung der intentio ist nicht zweifelhaft. Ob aber auch die Bedingungen der Passivlegitimation des Beklagten in der Formel Aufnahme fanden, ist bestritten. Es spricht hierfür vorzugsweise, daß die Klage gegen einen Käufer der Erbschaft vom Nichterben durchweg als „utilis" bezeichnet wird.

4) Auch dem bonorum possessor war eine hereditatis petitio utilis gegeben, die s. g. possessoria Tit. Dig. 5, 5. Vgl. hierüber Lenel, edictum S. 141.

Universalfideikommissar nach der Restitution der Erbschaft,[5] der Fiskus und der Erbschaftskäufer vom Fiskus.[6]

Theilerben vindiciren ihren ideellen Antheil.[7]

2. Beklagter ist, wer den Nachlaß[8] im Widerstreite mit dem Erbrechte des Klägers besitzt. Daher:

a) wer „pro herede" besitzt, d. h. als angeblicher Erbe oder auch als Universalfideikommissar[9] oder als Käufer der Erbschaft.[10]

Auch wer weiß, daß er Nichterbe ist, sich aber für den Erben ausgiebt, ist als Besitzer pro herede belangbar.[11]

b) Ferner ist belangbar, wer „pro possessore" besitzt, d. h. offenbar ohne Rechtsgrund, also ohne Erbrecht oder einen sonstigen, wenigstens scheinbaren und vermeinten Titel vorschützen zu können.[12 13]

Die Universalsuccessoren dieser Personen haften wie diese, wenn sie im Besitze des Nachlasses sind.[14]

---

5) Tit. Dig. de fideicommissaria hereditatis petitione 5, 6. Die Erbschaftsklage des Universalfideikommissars geht nicht gegen den Fiduciar, l. 3 § 1 D. h. t. Der Universalfideikommissar muß gegen diesen mit der Klage aus dem Fideikommiß auftreten.

6) l. 54 pr. D. h. t. 5, 3. Andere Erbschaftskäufer müssen sich die Klage erst vom Verkäufer cediren lassen. Vgl. übrigens Brinz S. 217.

7) Tit. Dig. si pars hereditatis petatur 5, 4. Siehe unten § 174.

8) l. 9, l. 10 pr. D. h. t. 5, 3. Es genügt, daß der Gegner „rem hereditariam minimam" besitzt.

9) l. 20 § 13 D. h. t. 5, 3.

10) l. 13 §§ 4 und 5 D. h. t. 5, 3. Vgl. Francke a. a. O. S. 165.

11) Die l. 11 D. h. t. 5, 3 von Ulpian bezeichnet als Besitzer pro herede auch den „qui scit se heredem non esse" nach der Meinung, die schon Proculus vertrat, und hiermit stimmt l. 12 D. eod. — unten Anm. 12 — überein. Andere, z. B. Gajus Inst. IV § 144, definirten dagegen „pro herede possidere videtur, qui putat se heredem esse". Danach wäre ein unredlicher Beklagter possessor pro possessore. Die erstere Definition ist die ältere und sie ist die herrschende geblieben. Anders Fitting im Archiv f. civ. Praxis Bd. 52 S. 242. Es handelt sich übrigens nur um schulmäßige Begriffsbestimmungen. Ein praktischer Unterschied besteht nicht. Denn wer sich wissentlich falsch für den Erben ausgiebt, haftet als bösgläubiger Besitzer mit der Erbschaftsklage, mag man ihn nun als Besitzer „pro herede" oder „pro possessore" bezeichnen.

12) l. 11 ff. D. h. t. 5, 3. Ulpianus ad edictum: Pro possessore vero possidet praedo — qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit „quia possideo", nec contendet se heredem vel per mendacium — nec ullam causam possessionis possit dicere; et ideo fur et raptor petitione hereditatis tenentur.

13) l. 13 § 1 D. h. t. 5, 3, l. 14 § 2 D. quod metus causa 4, 2 ergeben, daß ein Besitzer, welcher sich nur auf einen nichtigen Titel berufen kann, dessen Nichtigkeit er kennen muß, als Besitzer pro possessore gilt und daher der Erbschaftsklage unterliegt. R.G. Bd. 10 S. 162.

14) l. 13 § 3 D. h. t. 5, 3.

Wer titulo singulari besitzt, d. h. auf Grund eines wirklichen oder vermeinten besonderen Titels, unterliegt dagegen der Erbschaftsklage nicht.[15]

Prozessualisch gestaltet sich die Behauptung eines singularen Titels zu einer Einrede, welche der beklagte Besitzer behaupten und beweisen muß.[16]

Wer den Nachlaß für einen anderen besitzt, war in Rom mit der hereditatis petitio nicht belangbar.[17] In der gemeinrechtlichen Praxis wird die Erbschaftsklage aber gegen Nachlaßkuratoren und Testamentsexekutoren ertheilt, da dies praktisches Bedürfniß ist.

---

15) l. 4 C. in quibus causis cessat longi temporis praescr. 7, 34.

16) Es ist dies eine Kardinalfrage, welche über den praktischen Werth der Erbschaftsklage entscheidet. Viele Schriftsteller nehmen an, dem Kläger liege der Beweis ob, daß der Beklagte nicht titulo singulari besitze, wenn er derartigen Besitz vorgebe, insbesondere betrachteten sie es auch als Sache des Klägers, zu beweisen, „daß der Beklagte selbst nicht an die Wahrheit seines Titels glaube". So u. a. Windscheid Bd. 3 § 615 Anm. 14. Man geht eben davon aus, daß der Besitz des Beklagten entweder „pro herede" oder „pro possessore" Voraussetzung der Erbschaftsklage sei, und daß der Kläger die Voraussetzungen seines Klagerechtes zu beweisen habe. Aber solche schematische Vertheilung der Beweislast ist in vielen Fällen unzutreffend und so namentlich auch in dem unseren. Man denke nur: der Kläger hat bewiesen, daß er der Erbe ist, und weiter, daß der Beklagte Nachlaß in Händen hat. Da scheint die Verurtheilung des letzteren doch unausweichlich, wenn er nichts zu seiner Vertheidigung beweisen kann. Weit gefehlt, der Kläger soll nach der Gegenansicht noch weiter nachweisen, daß der Beklagte keinen singularen Titel für seinen Besitz habe, ein Beweis, der kaum zu erbringen ist. Das heißt den Kläger auf das unbilligste beschweren! Kein Wunder, daß die Praxis die Ansicht der Gegner zurückweist, so namentlich auch R.G. Bd. 10 S. 163. Auch die Quellen unterstützen unsere Auffassung. Wir finden einen Beleg für dieselbe in der l. 11 C. h. t. 3, 31, entnommen der l. 12 C. Theod. de fide testium 11, 39. Allerdings spricht sich diese Verordnung unpräcis aus, sie wird daher von den neueren meist auf andere Verhältnisse bezogen, vgl. Demelius, die confessio im römischen Civilprozeß S. 343. Aber die zeitgenössige Interpretation, welche in die westgothische Sammlung überging, las aus ihr heraus, daß der mit der hereditatis petitio belangte den von ihm behaupteten Titel zu beweisen habe: lex ista hoc praecipit, ut probatio non a possessore, sed a petitoris partibus requiratur. praeter illum tantum casum, ubi interrogari necesse est possidentem, utrum ex sua persona an ex successione coeperit possidere. Ruft doch auch die l. un. C. Theod. quorum bonorum 4, 21, welche der l. 3 C. quorum bonorum 8, 2 zu Grunde liegt, aus: Quid jam planius, quam ut heredibus traderentur quae in ultimum usque diem defuncti possessio vindicasset. In der l. 3 C. cit. wird bestimmt, daß der mit dem interdictum quorum bonorum belangte, wenn er Nachlaßsachen nach dem Tode des Erblassers auf Grund eines angeblich schon zu Lebzeiten des Erblassers vorhandenen Titels okkupirte, zu deren Herausgabe verpflichtet ist und seine Ansprüche wegen derselben mit besonderen Klagen geltend zu machen hat. Was so zu Gunsten des bloßen bonorum possessor festgesetzt ist, muß um so gewisser dem Erben zu gute kommen, welcher sein Erbrecht mit der Erbschaftsklage bewies. Anders Ubbelohde, die possessorische Funktion des interdictum quorum bonorum im Archiv für civ. Praxis Bd. 70 S. 42, Windscheid Bd. 3 § 614 Anm. 5.

17) l. 13 § 12 D. h. t. 5, 3 enthält immerhin einen Ansatz zu einer entgegengesetzten Behandlung.

Zum Besitze in dem hier gedachten Sinne genügt, daß der Beklagte irgend eine Sache oder einen Werth aus dem Nachlasse innehat. Es macht keinen Unterschied, ob diese Objekte unmittelbar aus der Hinterlassenschaft des Erblassers stammen, oder sich erst aus ihr entwickelten oder an Stelle ihrer ursprünglichen Bestandtheile getreten sind. Mit der Erbschaftsklage kann auch der Schuldner des Erblassers belangt werden, welcher sich unter der Behauptung, Erbe zu sein, der Zahlung der Erbschaftsschuld weigert, deren Existenz er anerkennt.[18]

Nichtbesitzer haften wie Besitzer als s. g. ficti possessores:[19]

a) wenn sie zur Vereitelung der Klage den Besitz dolos vor dem Prozeßbeginne aufgaben. Dies sanktionirte das S. C. Juventianum,[20]

b) wenn sie sich doloserweise als Besitzer ausgaben, um den Prozeß auf sich zu ziehen.[21]

3. Gegenstand der Erbschaftsklage ist der Nachlaß, soweit ihn der Beklagte besitzt oder besitzen müßte.

Und zwar gilt der Gegenstand der Klage als besonderes Vermögen, welches Vermehrungen und Verminderungen erleidet und dessen Bestandtheile Veränderungen unterworfen sind.[22]

a) Zu den ursprünglichen Bestandtheilen, welche zu restituiren sind, gehört alles, was der Erblasser im juristischen Besitze hatte, selbst unredlicherweise vom Erblasser erworbenes.[23] Was der

---

18) l. 13 §§ 15 ff. D. h. t. 5, 3.

19) Vgl. oben Bd. 1 § 225 Anm. 17 ff.

20) Das am 14. März des Jahres 129 auf Grund einer Oratio von Hadrian erlassene Senatuskonsult pflegt man S. C. Juventianum zu nennen, weil P. Juventius Celsus zu den Konsuln des Jahres gehörte. In den Quellen wird das S. C. aber nie so bezeichnet. Die wichtigsten und allgemeinsten Bestimmungen enthält l. 20 § 6c D. h. t. 5, 3: Item eos, qui bona invasissent, cum scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quominus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent: eos autem qui justas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo dumtaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent.

21) l. 13 § 13, l. 45 D. h. t. 5, 3.

22) Andere Auffassungen sucht zu vertreten F. Schröder, das Commodum bei der Erbschaftsklage 1876.

23) Quellenzeugnisse finden sich nicht. Unter den neueren vertheidigt diese Behauptung einzig Ihering, über den Grund des Besitzesschutzes S. 85 ff.; Gegner sind Windscheid Bd. 3 § 612 Anm. 1 und die dort citirten Schriftsteller. Es ist jedoch zu bedenken, daß der Erbe des Diebes in Folge der condictio furtiva wie der Dieb selbst haftet, und daß er diese Klage nur durch Realoblation des Gestohlenen abwenden kann. In Folge dessen hat er ein rechtliches Interesse daran, in den Besitz der von seinem Erblasser gestohlenen Objekte zu kommen. Der Nachlaß ist ihm daher nicht vollständig restituirt, wenn dieselben nicht gleichfalls herausgegeben werden. Natürlich gilt dies aber dann nicht, wenn der Beklagte selbst der Bestohlene war.

Erblasser in fremdem Namen besaß, ist dem Erben gleichfalls zu restituiren, wenn er bei der Herausgabe ein Interesse hat.[24]

b) Erweiterungen der Nachlaßobjekte durch Zuwachs und Früchte, sowie Zinsen, vermehren den zu restituirenden Nachlaß.[25]

c) Objekte, die im Interesse des Nachlasses und zu dessen Bedürfniß angeschafft wurden, namentlich mit Erbschaftsgeldern, fallen dem Nachlasse gleichfalls zu und sind mit ihm herauszugeben.[26]

d) Endlich gehören zum Nachlasse an Stelle der ursprünglichen Nachlaßbestandtheile getretene Gelder und Geldansprüche, insbesondere die Kaufpreise für veräußerten Nachlaß — pretium succedit in locum rei.[27]

4. Das S. C. Juventianum hat einen wesentlichen Unterschied zwischen der Restitutionspflicht des redlichen und des unredlichen Erbschaftsbesitzers geschaffen.[28]

a) Der redliche Besitzer hat nicht mehr zu erstatten, als er durch den Nachlaß im Ganzen zur Zeit seiner Verurtheilung bereichert ist.[29]

Jedoch haftet er vom Prozeßbeginne an gemäß der allgemeinen Grundsätze für jede Schuld,[30] daher insbesondere auch für schuldhafterweise versäumte Früchte.

b) der unredliche Besitzer hat nicht bloß zu erstatten, was er vom Nachlasse besitzt. Er haftet vielmehr von der Besitznahme, beziehungs-

---

24) l. 19 pr. D. h. t. 5, 3.

25) l. 20 § 3, l. 25 § 20, l. 30, l. 56 D. h. t. 5, 3. Der gutgläubige Besitzer der Erbschaft behält daher den Werth konsumirter Früchte keineswegs schlechthin, hat ihn vielmehr zu erstatten, soweit er durch denselben bereichert ist, l. 40 § 1 D. h. t. 5, 3. Ganz anders steht der mit der rei vindicatio belangte gutgläubige Besitzer einer Einzelsache.

26) l. 20 pr. § 1 D. h. t. 5, 3.

27) l. 22 D. h. t. 5, 3 enthält ein bezügliches Bruchstück der Oratio Hadriani: „Dispicite patres conscripti, numquid sit aequius, possessorem non facere lucrum et pretium, quod ex aliena re perceperit reddere, quia potest existimari in locum hereditariae rei venditae pretium ejus successisse et quodammodo ipsum hereditarium factum.“ Vgl. l. 16 §§ 1, 2, 4, 5, 7, 8 D. h. t. 5, 3.

28) l. 20 § 6 D. h. t. 5, 3 abgedruckt oben Anm. 20. Darüber, daß der Gegensatz erst durch das S. C. Juventianum geschaffen wurde, vgl. Lammfromm a. a. O. S. 96.

29) l. 36 § 4 D. h. t. 5, 3. Ueber die Frage, unter welchen Umständen eine Bereicherung des redlichen Erbschaftsbesitzers anzunehmen ist, vgl. vorzugsweise l. 25 § 11 D. h. t. 5, 3. Manche Entscheidungen von römischen Juristen, insbesondere von Julian, welche vor dem S. C. Juventianum gegeben waren, und die mit dessen Princip nicht stimmen, hat übrigens Ulpian einfach übernommen, so daß sie sich in der Kompilation Justinians finden. Es gehört hierher l. 20 § 18 D. h. t. 5, 3: nam et Julianus libro sexto Digestorum scribit, quod indebitum exegit, restituere eum non debere nec imputaturum quod non debitum solvit.

30) l. 40 pr. D. h. t. 5, 3, oben Bd. 1 § 154 Anm. 11.

weise der Kenntniß seines Unrechtes an für nachlässige Behandlung der Nachlaßsachen.[81] Wenn er Nachlaßsachen ohne zwingende Gründe veräußerte, so kann der Erbe nach seiner Wahl von ihm entweder den Werth dieser Sachen oder den erlösten Kaufpreis fordern.[82]

Nach der Klageerhebung steht der unredliche Besitzer selbst für Zufall entsprechend allgemeinen Grundsätzen ein.

5. Bezüglich der Verwendungen des Besitzers auf den Nachlaß ist gleichfalls zu unterscheiden:

a) Der redliche Erbschaftsbesitzer hat wegen aller Auslagen, die er bis zur Erhebung der Klage machte, das Recht der Retention des Nachlasses, beziehungsweise eines Abzuges.

Dies bezieht sich wie auf nothwendige und nützliche, so nicht minder auf verschwenderische und zwecklose Ausgaben. Denn auch diese haben seine Bereicherung aus dem Nachlasse vermindert. Auslagen nach der Klageerhebung geben ihm aber nur Ansprüche, wenn sie nothwendig oder nützlich waren, denn nunmehr kann der Gegner alle Sorgfalt von ihm beanspruchen.

b) Der unredliche Erbschaftsbesitzer hat nicht bloß wegen nothwendiger Auslagen Retentionsansprüche, wie der mit der rei vindicatio belangte Verklagte, vielmehr auch wegen nützlicher, soweit ihr Produkt noch vorhanden ist.[83]

§ 173. Fortsetzung. Der Beweis bei der Erbschaftsklage.

Der Kläger der Erbschaftsklage hat zu beweisen:

1. sein Erbrecht, daher vor allem den Tod, beziehungsweise die gerichtliche Todeserklärung des Erblassers; des weiteren seine Berufung.

Daß er die Erbschaft antrat, hat der Kläger in der Mehrzahl der Fälle um deswillen nicht zu beweisen, weil in der Erhebung der Erbschaftsklage der Erbschaftsantritt liegt, wenn er nicht bereits früher geschah.[1]

a) Stützt sich der Erbschaftskläger auf ein Testament, so hat er

---

31) l. 25 §§ 2—6 D. h. t. 5, 3.

32) l. 36 § 3 D. h. t. 5, 3.

33) l. 38, l. 39 D. h. t. 5, 3.

1) Windscheid bemerkt Bd. 3 § 615 Anm. 2: Die Thatsache des Erbschaftsantrittes habe der Erbschaftskläger „nur" zu beweisen, wenn der Erblasser hierfür eine besondere Frist oder Form angeordnet hat. Jener Beweis liegt ihm aber auch

dessen rechtsbeständige Errichtung darzuthun. Hierzu genügt die Beibringung einer äußerlich formgerechten Testamentsurkunde. Nichtigkeit oder Fehlerhaftigkeit des Testamentes, z. B. wegen Geisteskrankheit des Testators, hat der Beklagte im Wege des Gegenbeweises darzuthun.[2]

Unrichtig ist die Meinung, daß der Beweis eines mündlichen Testamentes nur durch die Aussage der sämmtlichen zugezogenen Zeugen oder durch eine von ihnen unterzeichnete Urkunde geführt werden könne.[3] Vielmehr ist der Beweis auch mündlicher Testamente ein freier.

b) Behauptet der Kläger Intestaterbrecht, so muß er beweisen, daß er der nächste Intestaterbberechtigte[4] als Verwandter oder Ehegatte des Erblassers zur Zeit der Berufung war. Der Beweis wird regelrecht durch standesamtliche Bescheinigungen erbracht.

Der Beklagte kann den Gegenbeweis führen, daß er selbst, oder daß ein Dritter näherer Intestaterbe oder Testamentserbe sei.

2. Der Kläger hat den Nachlaßbesitz des Beklagten zu beweisen, ferner muß er dessen bösen Glauben darthun, wenn er hierauf Rechte stützt.[5]

Steht es fest, daß der Beklagte in den Besitz des Nachlasses gekommen ist, so liegt ihm die Aufstellung eines Nachlaßverzeichnisses und dessen Bekräftigung durch einen Offenbarungseid ob. Ja, man legt ihm einen Offenbarungseid selbst dann auf, wenn Gründe zur Annahme vorhanden sind, daß er Nachlaßsachen hinter sich hat. Dahin rechnet man namentlich, daß eine häusliche Gemeinschaft oder ein ähnliches Verhältniß zwischen dem Erblasser und dem Beklagten zur Zeit des Eintrittes des Erbfalles bestand.[6]

---

namentlich dann ob, wenn er als Erbe des Berufenen klagt, ohne daß er ein Transmissionsrecht hat.

2) l. 5 C. de codicillis 6, 36. — Brinz Bd. 3 S. 231 wirft die Frage auf, ob der Kläger die Echtheit der Unterschriften des Testamentes beweisen müsse. Für die Unterschrift des Erblassers ist dies ausgeschlossen durch C.P.O. § 381.

3) So Windscheid Bd. 3 § 615 Anm. 10 und dort citirte. Für die Gegenansicht führt man an, daß die Zeugen nicht bloß dazu da seien, das Testament anzuhören, sondern auch Zeugniß über dasselbe abzulegen. Das beweist aber nicht, daß der Beweis nur durch ihr Zeugniß oder gar nur durch ihrer aller Zeugniß geführt werden kann. Nach der Gegenansicht wäre konsequent auch der Beweis des schriftlichen Testamentes nur durch die 7 Zeugen zu führen, was auf ältere längst überwundenen Ansichten hinauskommen würde. Derzeit erledigt die Frage C.P.O. § 259 und Einführungsgesetz zur C.P.O. § 14 Abs. 2, was allerdings Windscheid in Abrede stellt.

4) Auch dies ist bestritten, Windscheid a. a. O. Anm. 13.

5) Daß es Sache des Beklagten ist, darzuthun, daß er Nachlaßobjekte titulo singulari besitzt, darüber vgl. oben Bd. 3 § 172 Anm. 16.

6) Offenbar ist es etwas außerordentliches, daß Kläger den Manifestationseid des Beklagten zum Beweise seiner Passivlegitimation benutzt, wie Wach in der Zeit-

Demgemäß löst sich der Erbschaftsprozeß meist in ein doppeltes Verfahren auf. Der Kläger fordert zunächst, gestützt auf sein Erbrecht, vom Beklagten die Legung eines Nachlaßverzeichnisses. Ueber den Umfang der Verpflichtung des Beklagten wird dann in einem sich an das Nachlaßverzeichniß anschließenden Rechnungsprozesse verhandelt.

§ 174. Singularklagen des Erben und gegen den Erben.[1]

1. Der Erbe hat als Eigenthümer der Nachlaßsachen Einzelvindikationen auf dieselben, wenn sie in fremdem Besitze sind, nicht minder als Gläubiger der Erbschaftsforderungen die bezüglichen Forderungsklagen — die s. g. erbschaftlichen Singularklagen.

An sich stehen ihm diese Klagen selbst gegen Erbschaftsbesitzer pro herede oder pro possessore zu.

Der Prätor jedoch gab Erbschaftsbesitzern, welche statt mit der Erbschaftsklage mit derartigen Singularklagen vom Erben belangt wurden, eine exceptio „ne praejudicium fiat hereditati".[2]

Dies hatte vor allem prozessualische Gründe. Denn die Kognition der Centumvirn, welchen die Erbschaftsklage unterstand, sollte nicht dadurch umgangen werden, daß der Kläger Einzelklagen anstellte, welche vor Einzelrichter gehörten. Ferner schien es ungehörig, den Erbschaftsbesitzer durch mehrfache Einzelklagen, statt der einzigen Erbschaftsklage, zu vexiren.

Die Einrede hat endlich auch materielle Bedeutung. Denn die Rechtsstellung des Beklagten — insbesondere des redlichen Besitzers — ist bei der Erbschaftsklage eine vielfache günstigere, als im Falle der Erhebung von einzelnen Vindikationen, und diese bessere Stellung soll der Kläger nicht durch Anstellung von Singularklagen zunichte machen. Deshalb vor allem hat die Einrede auch noch derzeit Anwendbarkeit.[3]

---

schrift für Rechtsgeschichte Bd. 7 S. 467 mit Recht hervorhebt. Dennoch hat sich dies als praktisch unentbehrlich in der deutschen Praxis festgestellt. Vgl. freilich über Mißstände, die sich daraus ergeben können, Zimmermann im Archiv für civ. Praxis Bd. 29 S. 464. Zu weit geht es, wenn Wetzell, Civilprozeß § 28 für genügend erachtet, um den Manifestationseid zu verlangen, „daß sich der Beklagte zur Todeszeit oder kurz nachher im Sterbehause des Erblassers aufgehalten hat". Vgl. R.G. Bd. 8 S. 165, welches häusliche Gemeinschaft oder analoge Verhältnisse fordert.

1) Dernburg, über das Verhältniß der hereditatis petitio zu den erbschaftlichen Singularklagen 1852.

2) l. 5 § 2 D. h. t. 5, 3, l. 13 D. de exceptionibus 44, 1. Ueber die letztere Entscheidung vgl. Dernburg a. a. O. S. 54; Bülow, Prozeßeinreden und Prozeßvoraussetzungen, 1868, S. 169.

3) Verwerthung der Einrede durch einen Dritten kommt in folgendem Falle

2. Steht eine Erbschaftsklage bevor, oder ist sie bereits anhängig, so entsteht die Frage, gegen wen die Erbschaftsgläubiger zu klagen haben, und wer dazu legitimirt ist, die Erbschaftsschuldner zu betreiben?

a) Die Erbschaftsgläubiger können jeden der Erbschaftsprätendenten, also sowohl den Kläger wie den beklagten Besitzer, nach ihrer Wahl als ihren Schuldner in Anspruch nehmen.[4]

Unterliegt die Partei, welche die Schuld zahlte, im Erbschaftsprozesse, so kann sie Erstattung des ausgelegten vom Sieger beanspruchen.

Legate, die einem angeblichen Testamentserben aufgelegt sind, hat derselbe zwar zu entrichten, trotzdem daß sein Erbrecht bestritten ist, jedoch nur gegen Kaution wegen Rückerstattung im Falle seines Unterliegens im Erbschaftsprozesse.

b) Jeder der Prätendenten kann die Erbschaftsschuldner und Inhaber von Erbschaftssachen verklagen,[5] muß aber dem Beklagten für den Fall seines Unterliegens im Erbschaftsprozesse Kaution leisten, damit derselbe gegen doppelte Zahlung gesichert ist. Der Schuldner kann sich durch Deposition von der Schuld befreien.

---

vor. Hat der redliche Besitzer einer Erbschaft eine Nachlaßsache verkauft und evincirt sie dann der wahre Erbe als sein eigen, so nimmt der evincirte Käufer seinen Regreß gegen seinen Verkäufer und erlangt von ihm Ersatz seines Interesses wegen der Eviktion. In Folge dessen kann jener redliche Erbschaftsbesitzer weit über den Betrag seiner Bereicherung aus der Erbschaft und zwar indirekt zu Gunsten des Erben zu zahlen haben. Um dies zu verhüten, gab man dem Käufer in solchen Fällen gegen die Vindikation seitens des Erben eine Einrede, wodurch er den Erben auf die Erbschaftsklage verweist, so daß er die Kaufsache behält, der Erbe aber vom Erbschaftsbesitzer dessen Bereicherung aus dem erlösten Kaufpreis der Nachlaßsache mit der Erbschaftsklage beizutreiben hat, l. 25 § 17 D. h. t. 5, 3. Ulpianus libro 15 ad edictum: Item si rem distraxit bonae fidei possessor, nec pretio factus sit locupletior, an singulae res, si nondum usucaptae sint, vindicare petitor ab emptore possit? et si vindicet, an exceptione non repellatur „quod praejudicium hereditati non fiat inter actorem et eum, qui venumdedit", quia non videtur venire in petitionem hereditatis pretium earum, quamquam victi emptores reversuri sunt ad eum qui distraxit? et puto posse res vindicari, nisi emptores regressum ad bonae fidei possessorem habent; quid tamen si is, qui vendidit paratus sit defendere hereditatem, ut perinde atque si possideret conveniatur? incipit exceptio locum habere ex persona emptorum. certe si minori pretio res venierint et pretium quodcumque illud actor sit consecutus, multo magis poterit dici exceptione eum summoveri. Ueber diese schwierige und viel besprochene Stelle siehe Dernburg a. a. O. S. 85, Francke S. 154 und 302, Vangerow Bd. 2 § 508 S. 351.

4) So namentlich l. 12 C. h. t. 3, 31. Vgl. auch l. 4 § 3 D. si cui plus 35, 3. Eine besondere Bestimmung enthält l. 35 D. de jure fisci 49, 14.

5) l. 49 D. h. t. 5, 3. Die Meinungen der Schriftsteller sind nicht übereinstimmend. Windscheid Bd. 3 § 616 Anm. 7 verstattet nur „wenn Gefahr im Verzuge ist" und nur „dem redlichen Besitzer" eine Klage gegen die Erbschaftsschuldner. Vgl. Dernburg a. a. O. S. 115.

III. Die Rechtsverhältnisse der Miterben.

§ 175. Die Rechte der Miterben im allgemeinen.[1]

Wird der Erblasser von mehreren zusammen beerbt, so entsteht eine Gemeinschaft der Miterben.

Bei ihrer Ausbildung kann entweder mehr das gemeinschaftliche Interesse in den Vordergrund gestellt, oder das Individualrecht der einzelnen Theilhaber begünstigt werden. Das letztere geschieht im römischen Rechte. Dasselbe sucht die Erbansprüche eines jeden Miterben möglichst bestimmt abzugrenzen und thunlichst selbständig zu gestalten.

1. Die Rechte an körperlichen Nachlaßsachen sind unter die Miterben im Verhältniß ihrer Erbschaftstheile ideell getheilt.

Dies gilt für alle theilbaren Berechtigungen an körperlichen Sachen, also Eigenthum, publicianisches Recht, Superficies und Emphyteuse.[2]

Jeder Miterbe ist zur selbständigen Verfügung bezüglich seines ideellen Theiles befugt. Er kann ihn insbesondere beliebig, und ohne an die Einwilligung seiner Miterben gebunden zu sein, veräußern, nicht minder verpfänden oder zum Nießbrauche geben.[3]

Die Nachlaßsachen bleiben natürlich zunächst körperlich ungetheilt, so daß trotz der ideellen Theilung eine Gemeinschaft besteht.

2. Erbschaftsforderungen und Erbschaftsschulden sind unter die Miterben schlechthin, ihrem Erbtheile entsprechend, getheilt.[4] Es erwachsen also für jeden Miterben völlig selbständige Partialforderungen und Partialschulden. Dies bestimmten bereits die 12 Tafeln.

---

1) Göppert, Beiträge z. L. v. d. Miteigenthum nach dem A.L.R. S. 77.

2) l. 10 D. fam. erc. 10, 2.

3) l. 54 D. fam. erc. 10, 2. Neratius libro 3. membranarum: Ex hereditate Lucii Titii, quae mihi et tibi communis erat, fundi partem meam alienavi, deinde familiae erciscundae judicium inter nos acceptum est. neque ea pars quae mea fuit in judicio veniet, cum alienata de hereditate exierit, neque tua, quia etiamsi remanet in pristino jure hereditariaque est, tamen alienatione meae partis exit de communione. Die Veräußerung von Nachlaßsachen war jedoch nach der Litiskontestation über das familiae erciscundae judicium verboten, l. 13, l. 25 § 6 D. h. t. 10, 2, l. 1 C. communi dividundo 3, 37, Bachofen, ausgewählte Lehren des römischen Civilrechtes § 82. Derzeit wird C.P.O. § 236 entsprechend zur Anwendung gebracht werden können. — Ueber die praktischen Bedenken, welche der freien Veräußerung einer bestimmten Quote von Nachlaßsachen durch einen der Miterben entgegenstehen, vgl. mein preuß. Privatrecht Bd. 3 § 238.

4) l. 6 C. familiae erciscundae 3, 36: Gordianus Ea, quae in nominibus sunt, non recipiunt divisionem, cum ipso jure in portiones hereditarias ex lege duodecim tabularum divisa sunt. l. 1, l. 2 C. de actionibus hereditariis 4, 16.

Forderungen und Schulden jedoch, die ihrer Natur nach untheilbar sind, führen zu solidarischen Berechtigungen und Verbindlichkeiten der Miterben.[5]

3. Die Konfusion von Ansprüchen zwischen dem Erblasser und einem Theilerben desselben tritt nach Maßgabe des Erbtheiles des Theilerben ein.[6] [7]

4. Jeder der Theilerben hat eine hereditatis petitio partiaria sowohl gegen seine Miterben, wie gegen Nichterben, welche pro herede oder pro possessore besitzen.

Besitzt jedoch ein Miterbe nur den ihm gebührenden ideellen Theil der Erbschaft, so ist die Erbschaftsklage seines Miterben nicht gegen ihn zu richten, sondern gegen die, welche den Nachlaß ohne Erbrecht oder über die ihnen zukommende Erbquote hinaus besitzen.[8]

§ 176. Die Auseinandersetzung unter den Miterben.[1]

Die Auseinandersetzung unter den Miterben kann außergerichtlich durch Vertrag geschehen.

Sie erfolgt aber auch auf einseitigen Antrag durch das Gericht.

Zu diesem Antrage ist jeder Miterbe jeder Zeit berechtigt. Weder Verfügungen des Erblassers, noch Verträge der Betheiligten können dies Recht auf Theilung dauernd beseitigen.[2]

Die gerichtliche Theilung unter Miterben geschah in Rom auf Grund der actio familiae erciscundae. Das gesammte Verfahren bewegte sich danach in den Formen des Prozesses; doch war die actio duplex.[3] Heutzutage ist das rechtsgeschäftliche und das prozessualische Element, welche in Rom verbunden waren, geschieden. Die Theilung selbst bildet einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die streitigen Vorfragen werden vom Prozeßrichter auf Grund der Klage des interessirten Theiles entschieden.

---

5) Vgl. oben Bd. 2 § 24, insbesondere Anm. 6.

6) l. 50 D. de fidejussoribus 46, 1, l. 6 C. de actionibus hereditariis 4, 16.

7) Siehe auch oben Bd. 1 § 216 Anm. 10.

8) l. 1 § 3 D. si pars hereditatis petatur 5, 4. Die hereditatis petitio partiaria geht nicht auf Theilung, sondern auf Restitution der Erbschaft pro indiviso, l. 7 D. eod.

1) Tit. Dig. familiae erciscundae 10, 2, Cod. 3, 36 und Cod. communia utriusque judicii tam familiae erciscundae, quam communi dividundo 3, 38, oben Bd. 1 § 197, Brinz Bd. 3 S. 273.

2) Oben Bd. 1 § 197 Anm. 16 und 17.

3) l. 2 § 3, l. 44 § 4 D. h. t. 10, 2.

1. Die Voraussetzungen der gerichtlichen Erbtheilung sind:

a) Liquidität des Erbrechtes der Betheiligten und der Höhe ihrer Antheile. Steht das Erbrecht des Provokanten nicht durch Anerkennung der Miterben oder richterliches Urtheil fest, so ist hierüber in besonderem Prozesse zu entscheiden;[4]

b) eine Erbgemeinschaft.

Eine solche Gemeinschaft liegt vor allem in dem Miteigenthum an körperlichen Nachlaßsachen. Sie ist auch darin zu finden, daß die Miterben solidarisch für Schulden des Erblassers wegen deren Untheilbarkeit verpflichtet sind.[5] Sie wird endlich durch alle aus der Erbschaft entspringenden gegenseitigen Ansprüche unter den Miterben begründet.[6]

2. Das Ziel ist Auseinandersetzung der Miterben. Das Verfahren umfaßt daher den gesammten Nachlaß. Insbesondere sind:

a) die Nachlaßsachen zu theilen. Das erstreckt sich nicht bloß auf die eigenen Sachen des Erblassers und solche, an denen er superficiarisches oder emphyteutisches Recht hat, sondern auf alle, die in seinem Eigenthumsbesitze waren. Sind sie jedoch unredlich erworben, so hat der Richter für ihre Rückerstattung an den Eigenthümer Sorge zu tragen.[7] Verbotene Sachen, z. B. Gifte oder unsittliche Schriften, hat er zu konfisciren, beziehungsweise zu vernichten.[8]

Das Testament und die sonstigen Erbschaftsurkunden kommen zwar nicht in die Theilung; doch ist auch für deren Aufbewahrung und Zugänglichkeit Vorkehrung zu treffen.[9] Da Forderungen und Schulden regelrecht unter die Miterben von Rechtswegen getheilt sind, so sind sie an sich dem Theilungsverfahren fremd. Dennoch können sie, wenn dies zweckmäßig erscheint, einzelnen Miterben ganz attribuirt

---

4) Verlangt ein angeblicher Miterbe, welcher nicht im Besitze seines angeblichen Erbtheiles ist und dessen Erbrecht von dem Miterben nicht anerkannt ist, Theilung, so muß er zuvörderst mit der hereditatis petitio Anerkennung seines Erbrechtes und Mitbesitz erstreiten. Ist aber der Provokant, dessen Erbrecht von den Miterben nicht anerkannt wird, im Mitbesitze, so ist eine hereditatis petitio nicht anstellbar. Hier mußte also nothgedrungen in Rom der Richter in der Erbtheilungsklage über das Erbrecht des Provokanten erkennen, l. 1 § 1 D. h. t. 10, 2. Nach gemeinem Rechte ist der Streit über das Erbrecht des Provokanten auch in diesem Falle vor Einleitung eines Theilungsverfahrens vor den Prozeßrichter zu bringen. Hierzu dient eine Feststellungsklage.

5) l. 25 §§ 10 ff. D. h. t. 10, 2.

6) l. 25 § 15, l. 49 D. h. t. 10, 2.

7) l. 10 D. h. t., l. 4 § 2 D. eod.

8) l. 4 § 1 D. h. t.

9) l. 4 § 3, l. 5, l. 6 D. h. t. 10, 2. Entsprechendes muß von Erbbegräbnissen gelten, vgl. freilich l. 30 D. h. t. 10, 2, l. 4 C. de religiosis 3, 44.

werden, so daß der Miterbe, zu dessen Gunsten die Attribution erfolgte, insoweit die Stellung eines Cessionars hat und der, zu dessen Lasten die Attribution gereichte, den Miterben, der an sich Schuldner bleibt, zum entsprechenden Theile von seiner Schuld zu befreien hat.[10] [11]

b) Des weiteren hat Ausgleichung wegen der durch die Gemeinschaft begründeten gegenseitigen Verbindlichkeiten der Miterben stattzufinden.[12]

c) Endlich sind die Anordnungen des Erblassers, welche das Verhältniß der Miterben betreffen, im Theilungsverfahren zu verwirklichen. Dahin gehört die Entrichtung von Vorvermächtnissen,[13] ferner die Ausführung des einem Miterben aufgelegten Modus.[14]

3. Dem Theilungsrichter stehen zur Durchführung seiner Aufgabe Adjudikationen zu Gebote, vermöge deren er Eigenthum an den Nachlaßsachen zutheilt,[15] und Kondemnationen, mittels deren er Miterben Geldleistungen zu Gunsten anderer auflegt.[16]

Der Theilungsrichter muß in erster Linie die Vereinbarungen der Betheiligten seiner Theilung zu Grunde legen, ferner die Anordnungen des Erblassers beachten,[17] soweit sie nicht rechtsverletzend

---

10) l. 3 D. h. t. 10, 2. Gajus libro 7 ad edictum provinciale: Plane ad officium judicis nonnunquam pertinet, ut debita et credita singulis pro solido alia aliis adtribuat, quia saepe et solutio et exactio partium non mimima incommoda habet: nec tamen scilicet haec adtributio illud efficit, ut quis solus totum debeat vel totum alicui solum debeatur, sed ut sive agendum sit partim suo partim procuratorio nomine agat, sive cum eo agatur partim suo partim procuratorio nomine conveniatur: nam licet libera potestas maneat creditoribus cum singulis experiundi, tamen et his libera potestas est suo loco substituendi eos in quos onera actionis officio judicis translata sunt.

11) Insbesondere sind Faustpfänder, welche dem Erblasser bestellt waren, einem der Miterben zu adjudiciren, womit ihm auch die versicherte Forderung ausschließlich zugetheilt wird. Hierher gehört die berühmte l. 29 D. h. t. 10, 2; vgl. über sie Bangerow Bd. 1 § 365.

12) In dieser Hinsicht sind die oben Bd. 1 § 197 entwickelten Sätze maßgebend.

13) l. 4 pr., l. 25 § 22, l. 28, l. 42 D. h. t. 10, 2. Hat der Erblasser einem der Miterben die Tragung gewisser Erbschaftsschulden aufgelegt, so hat der Theilungsrichter für die Uebernahme zu sorgen, natürlich vorbehaltlich des Rechtes jenes Miterben auf die Falcidia, beziehungsweise seinen Pflichttheil, l. 20 § 5 D. h. t. 10, 2.

14) l. 18 § 2 D. h. t. 10, 2, oben Bd. 1 § 115 Anm. 7.

15) l. 22 §§ 1 und 2 D. h. t. 10, 2.

16) l. 55 D. h. t. 10, 2.

17) l. 10 C. h. t. 3, 36. Ob der Theilungsrichter die Anordnungen des Erblassers über die Art und Weise der Theilung für angemessen hält, ist irrelevant, er ist an sie gebunden. Anders Windscheid Bd. 3 § 608 Anm. 16. Haben sich freilich die Verhältnisse, auf denen die Anordnung beruhte, wesentlich geändert, so ist dieselbe nicht mehr maßgebend.

sind; im übrigen aber hat er die Auseinandersetzung nach Billigkeit und Zweckmäßigkeit vorzunehmen.[18]

Er ist keineswegs gehalten, die Erbschaftsobjekte, z. B. die Erbschaftsgrundstücke, in natura zu theilen. Vielmehr kann er sie einem der Miterben ganz, gegen Entschädigung der übrigen, adjudiciren, oder auch eine Versteigerung vornehmen und den Erlös theilen.[19]

4. Die Miterben haben im Falle der Eviktion des ihnen Zugetheilten Anspruch auf verhältnißmäßigen Ersatz, mag nun die Theilung durch Vertrag oder durch den Richter erfolgt sein.[20]

---

18) l. 21 D. communi div. 10, 3.

19) l. 26 D. h. t. 10, 2. Ueber die heutige Praxis vgl. oben Bd. 1 § 197 Anm. 20.

20) l. 14 C. h. t. 3, 36, l. 25 § 21 D. h. t. 10, 2, vgl. l. 10 § 2 D. comm. div. 10, 3.

Sachregister.

Es sind sowohl die Paragraphen als die Seiten bezeichnet. Die Paragraphen-Ziffer steht eingeklammert hinter der Seiten-Ziffer. Die fett gedruckten Zahlen weisen auf die sedes materiae hin. a = Anmerkung.

A.

Ablehnung der Vormundschaft 88 ff. (46).
Absetzung des Vormundes 85 (47).
Absonderungsrecht der Erbschaftsgläubiger 340 ff. (170).
Abstinenzrecht 327 (163).
Abtretung des Rechtes aus der Berufung zur Erbschaft 336 (167).
Abwesenheit, cura bonorum absentis 77 (41).
Accrescenz s. Akkrescenz.
Accusatio suspecti 85 (47).
Actio ad supplendam legitimam 310 (155).
— Calvisiana 311 a 3 (156).
— de filiatione 72 (38).
— de liberis agnoscendis 72 (38).
— de partu agnoscendo 72 (38).
— de peculio 63 (32).
— ex sponsu 12 (7).
— ex testamento 194 a 9 (99).
— familiae erciscundae 356 (176), vgl. 247 (122), 277 (137).
— Faviana 311 a 3 (156).
— legati 194 (99).
— matrimonialis 12 (7).
— protutelae 91 (53).
— rationibus distrahendis 89 (52).
— rei uxoriae 24 (14), 26 (14), 38 (20).
— rerum amotarum 19 (11).
— tacita ex stipulatu 26 (14), 38 (20), 40 a 5 (21).
Actio tutelae 74 a 6 (39), 90 (52); contraria 91 (52).
„Additionalsystem" 294 (145).
Ademtion der Vermächtnisse 211 (106).
Adfines 5 (4).
Aditio hereditatis 321 ff. (161).
Adjudikationen bei der actio fam. ercisc. 358 (176).
Adoption 58 (30), 273 (135).
Adoptivverhältniß als Ehehinderniß 17 (9), Intestaterbrecht 273 (135).
Adquisitio hereditatis 320 ff. (160 ff.).
Adventicien 63 ff. (32).
Affinität 5 (4).
Agnation 3 ff. (2).
Agnaten, Familienfideikommiß 230 (114), Intestaterbrecht 260 (129).
Akkrescenz 96 (55), 174 ff. (91 ff.), 227 (113), 233 ff. (116), 238 (118), 271 ff. (134).
Alimentationspflicht des Ehemannes 10 (6), der Ascendenten und Descendenten 70 (37), des unehelichen Erzeugers 72 (38).
Alimentenvermächtniß 222 (111).
Alternatives Vermächtniß 220 (110).
Altersvormundschaft 76 (40).
Antretung der Erbschaft 321 ff. (161).
Anwachsungsrecht s. Akkrescenz.
Armenanstalten, Erbrecht 278 (138).
Arrogation 58 (30), Intestaterbrecht in Folge der A. 273 (135).
Ascendententestament 136 (72).
Atilianus tutor 74 (39).
Auctoritatis interpositio 75 (39).

Auflösende Bedingung s. Resolutivbedingung.
Aufschiebende Bedingung s. Suspensivbedingung.
Auseinandersetzung der Miterben 356 (176).
Außerehelicher Erzeuger, Alimentationspflicht 72 (38).
Außerordentliches Erbrecht 275 (137), 277 (138).
Außerordentliche Testamentsformen 135 ff. (72 ff.).

B.

Bedingung bei letztwilligen Verfügungen 154 ff. (82 ff.), 319 (159).
— beim Erbschaftsantritt unzulässig 324 (161).
Beerdigungskosten 200 (101), 303 (150).
Befreiung von der Vormundschaft 82 ff. (45, 46).
Befreiungslegat 224 (112).
Beiseiteschaffung von Erbschaftssachen 327 (163).
Beneficialerbe 344 (171).
Beneficium abstinendi 102 (58), 327 (163).
— deliberandi 328 ff. (164).
— inventarii 343 ff. (171).
— separationis 321 (160).
Berufung zur Erbschaft 101 (58), mehrfache B. 324 (162), Uebertragung der B. 331 (165), Veräußerung des Rechtes a. d. B. 336 (167).
— zur Vormundschaft 80 ff. (44 ff.).
Beschlagnahme des Nachlasses 315 (158).
Beweggründe bei letztwilligen Verfügungen 150 (79).
Beweis bei der Dotalklage 44 (23).
— bei der Erbschaftsklage 351 (173).
Binubus 160 (85).
Blinde, Testament 135 (72), Kodicill 141 (74).
— Testamentszeugen 131 (70).
Bona ereptoria 104 (60).
— parapherna 20 (12).
— vacantia 277 (138).
Bonorum possessio und hereditas 110 ff. (62).
Bonorum possessio 114 (63), 129 (69), 179 a 3 (93), 263 (130), 319 (159).
— — Carboniana 317, 318 (159).
— — furiosi nomine 318 (159).
Brautgeschenke 12 (7).

C.

Caelibes 159 (85).
Caducum 160 (85), 167 (88), 177 (92), 228 a 3 (113).
Canonisch s. Kanonisch.
Carbonianum edictum 317 (159).
Castrense peculium 63 (32), 67 (35).
Casus „noluntatis", „impotentiae" 169 a 12 (88).
Catonianische Regel 206 (104).
Causa Curiana 147 a 1 (78), 172 a 15 (89).
Cautela Socini 310 (155).
Cautio Muciana 156 (83).
— rei uxoriae 24 (14).
Clausula ceterata 183 (95).
Codicill s. Kodicill.
Codicilli confirmati in futurum 142 (75).
Cognaten, cognati s. Kognation.
Coheredes 96 (55).
Collatio s. Kollation.
Collateralen s. Kollateralen.
Collegatarii s. Kollegatare.
Color insaniae 296 (147).
Computatio der Verwandtschaftsgrade 5 (3).
Concursus duarum causarum lucrativarum 211 (106).
Condicio s. Bedingung.
— jurisjurandi 156 (83), 238 a 5 (118).
Condicionis implendae causa datum 191 (98), 200, 201 (101), 205 (103).
Condictio des von Todeswegen Geschenkten 237 (117).
Confusio s. Konfusion.
Conjunctio re, verbis 161 (86), 178 (92), 228 (113).
Conjux binubus 160 (85).
Consanguinei 4 (3), 264 (130), 301 (149).
Contutor 78 (42).
Cretio 320 (160).
Crimen expilatae hereditatis 110 (61).
Cura 75 (39), 77 (41).
Curator bonorum 315 (158), furiosi 77 a 1 (41), ventris 319 (159).
Curiana causa 147 a 1 (78), 172 a 15 (89).

D.

Damnationslegat 116 (64), 192 (99), 194 (99), 196 (100).
Datio dotis 29 (16).
Delation s. Berufung zur Erbschaft.
Deliberationsfrist 328 (164).
„Derogationssystem" 294 (145).
Descendenten 4 (3), Intestaterbrecht 267 (132), Notherbrecht 300 (149), Kollationsverbindlichkeit 279 (139).
Dictio dotis 29 a 10 (16).
Dies bei Erbeseinsetzungen 154 (82).
Dies cedens, veniens bei Vermächtnissen 213 (107).
Divisio parentum inter liberos 137 (72).
Divortium 17 (10).

Donatio mortis causa 235 (117).
— propter nuptias 47 ff. (25), Kollation 282 ff. (140, 141), Einrechnung in den Pflichttheil 304 (151).
Dos 21 ff. (13 ff.), Kollation 282 ff. (140, 141), Einrechnung in den Pflichttheil 304 (151).
— aestimata 29 (16).
Dosbestellung 28 (16).
Dotalsystem 20 (11).
Dotalverträge 32 ff. (17).
Dotationspflicht 26 (15).

E.

Edictum Carbonianum 317 (159).
— de legatis praestandis 292 (144).
Ehe 7 ff. (5 ff.).
Ehebruch 18 (10), 17 (9).
Ehegatten, persönliche Stellung 8 ff. (6), Intestaterbrecht 275 (136), Schenkungen 45 (24).
Ehekonsens 15 (9).
Eheliche Abstammung 54 ff. (28).
Ehemündigkeit 16 (9).
Ehescheidung 17 (10), Einfluß auf die Schwägerschaft 6 (4).
Ehescheidungsstrafen 49 ff. (26).
Eheschließung 13 ff. (8 ff.).
Ehrenrechte, Verlust, begründet Unfähigkeit zur Vormundschaft 83 (45), zum Testamentszeugniß 131 (70).
Ehrenvormund 78 (42).
Einmischung des suus heres 327 (163).
Einweisung in den Nachlaß 316 (159).
Elternrecht 69 ff. (36 ff.).
Emancipati, Kollation 280 (140).
Emancipation 60 ff. (31).
Enkel, Notherbrecht 289 (143).
Enterbung s. exheredatio.
Enterbungsgründe 306 ff. (153).
Entmündigung wegen Verschwendung 77 (41).
Erbantretung 321 ff. (161).
Erbbescheinigung 315 (158).
Erbenstellung, Rechtswirkung 339 ff. (169 ff.).
Erbeslegitimationsatteſt 315 (158).
Erbeseinsetzung 159 ff. (85 ff.).
Erbfähigkeit 102 (59), 159 (85).
Erbfolge, gesetzliche 259 ff. (128 ff.), testamentarische 120 ff. (66 ff.), vertragsmäßige 254 ff. (126 ff.).
Erbrecht 93 ff. (54 ff.).
Erbschaftsklage 346 ff. (172).
Erbschaftsverträge 258 (127).
Erbschaftsvermächtniß 118 a 2 (65).
Erbschleicherei 153 (81).
Erbverträge 254 ff. (126 ff.), vgl. 306 (257).
Erbverzichte 257 ff. (127).
Ereptorium 104 (60).
Eröffnung des Testamentes 313 ff. (157).
Errichtung des Testamentes, der Kodizille, Erbverträge, Vermächtnisse s. diese Worte.
Erwerb der Erbschaft 101 (58), 320 ff. (160 ff.).
— der Vermächtnisse 213 (107).
Erziehungsrecht der Eltern 69 (36).
Eviktion von Dotalsachen 30 (16).
Eviktionshaftung bei der Auseinandersetzung von Miterben 359 (176).
Exceptio plurium constupratorum 73 (38).
Exheredatio 288 (143), 306 ff. (153).
— bona mente 307 (153).
Exkusationsgründe bei der Vormundschaft 84 (46).
Extranei heredes 101 (58), 321 (161).

F.

Fähigkeit zur Vormundschaft 82 (45).
— zur Testamentserrichtung 123 ff. (67 ff.).
Falcidische Quart 120 (65), 197 (101), 233 (115).
Falsa causa 150 (79).
— demonstratio 146 (77).
Falsus tutor 92 (53).
Familiae emptor 129 (69).
Familienfideikommiß 230 (114).
Familienrecht 1 ff. (1 ff.).
Favor testamenti 99 (57).
Favorable Behandlung der Bedingungen bei letztwilligen Verfügungen 155 (83).
Fictio retroactiva 57 a 7 (29).
Fiktion, kodizillarische 122 (66).
Fictus possessor 349 (172).
Fideicommissum und legatum 115 (64).
— hereditatis 239 ff. (119 ff.).
— praesenti injunctum 141 (75).
— superfuturi 249 (123).
Fideikommissarische Erbschaften 118 (65).
Fideikommissarische Substitutionen bei Vermächtnissen 230 (114).
Fiduciar 118 (65), 242 (120), 249 (123).
Filius familias s. Hauskinder.
Fiskus, Recht auf bona vacantia 277 (138), ereptoria 107 (60).
Forderungsvermächtniß 223 (112).
Frauen, Fähigkeit zur Vormundschaft 82 (45).
Fundus dotalis 35 (18), 42 (22).
Furiosi 77 (41), 125 (67), 318 (159).

G.

Gattungsvermächtniß 220 (110).
Geisteskranke, Bevormundung 77 (41),

Teſtirunfähigkeit 125 (67), Erbſchaftserwerb 318 (159).
Geiſtliche, Beerbung 278 (138).
Gemeinſchaftliches Teſtament 187 (197).
Gentilen, Inteſtaterbrecht 262 (129).
Gericht, Funktionen deſſelben hinſichtlich der Vormundſchaften 79 (43), des Nachlaſſes 313 ff. (157 ff.), bei der Auseinanderſetzung von Miterben 356 ff. (176).
Gerichtliches Teſtament 134 (71).
Germani 4 (3).
Geſchenke der Verlobten 12 (7).
— der Ehegatten 45 (24).
Grade der Verwandtſchaft 5 (3).
Gradualerbfolge 267 (132).
Güterrecht, eheliches 19 ff. (11 ff.).
Gütertrennung 19 ff. (11).

H.

Hauskinder, Vermögensrecht 62 ff. (32 ff.), Verträge mit dem Hausvater 64 a 10 (32), Adoption 58 (30), Notherbenrecht 289 (143), Erbſchaftserwerb 326 ff. (163), ſ. auch väterliche Gewalt.
Heirathsgut ſ. dos.
Hereditas und bonorum possessio 110 ff. (62).
— jacens 107 (61).
Hereditatis petitio 346 ff. (172), 357 a 4 (176).
— — und querella inoff. test 296 a 5 (147).
— — fideicommissaria 247 (122).
— — partiaria 356 (175).
— — possessoria 113 a 13 (62).
— — utilis 347 a 4 (172).
Heres ex re certa 163 (87).
— fideicommissarius 118 ff. (65), 230 (114), 239 ff. (119 ff.).
— fiduciarius 118 (65), 242 (120), 249 (123).
— suus, necessarius 326 ff. (163), 101 a 3 (58).
— voluntarius 320 (160), 321 ff. (161 ff.), 101 (58).
Herrenloſer Nachlaß 277 (138).
Hochverräther, Erbunfähigkeit ihrer Kinder 102 (59).
Honorar des Vormundes 91 (52).

I.

Immiſſion 316 (159).
Immixtion des suus heres 327 (163).
Impedimenta matrimonii 14 (9).
Impensae bei der dos 44 (22), bei der hereditatis petitio 351 (172), des Vormundes 91 (52).
Impubes arrogatus, Erbrecht 277 (137).
Incapacitas 102 (59), 159 (85).
„Incerta persona", letztwillige Bedenkung 144 (76).
Indeterminirte Vermächtniſſe 218 (110).
Indignität 104 (60), 153 bei a 5 (80), 169 a 13 (88).
Inkapacität 159 (85).
„Inofficioſitätsſyſtem" 308 (154).
Inſinuation der Schenkungen auf den Todesfall 236 (117).
Interdictum de uxore exhibenda et ducenda 9 (6).
— de tabulis exhibendis 314 (157).
— quod legatorum 193 (99), 239 (118).
— quorum bonorum 113 (62), 316 (159).
Interpretation der Teſtamente 147 ff. (78).
Inteſtaterbfolge 259 ff. (128 ff.)
Inteſtatkodicill 121 (66).
Inventar des Vormundes 89 (51).
—, Rechtswohlthat des I. 343 (171).
Inventarerbe 344 (171).
Juriſtiſche Perſonen, Erbrecht 277 (138).
— —, Schaffung derſelben durch letztwill. Verfügung 144 (76).
Jus abstinendi 327 (163).
— jurandum in litem 315 (158).
— liberorum 265 (130).
— separationis der Nachlaßgläubiger 340 ff. (170).
Irreguläre Adventicien 68 (32), 68 (35).
Irrthum bei der Eheſchließung 14 (9), bei letztwill. Verfügungen 150 (79), über das Beſtehen der Schuld beim legatum debiti 226 (112).

K.

Kanoniſches Teſtament 135 (71).
Kapacität 102 (59), 159 (85).
Kaptatoriſche Zuwendungen 154 (81).
Kautionsanſpruch der Vermächtnißnehmer 194 (99).
Kautionspflicht des Vormundes 89 (51).
Kinder ſ. Deſcendenten, uneheliche Kinder.
Kindesvermögen, freies, unfreies 62 ff. (32 ff.).
Kirchen, Recht auf bona vacantia 278 (138).
Kodicill und Teſtament 121 (66).
Kodicillarform 140 (74).
— der Fideikommiſſe 117 (64), bei Schenkungen von Todeswegen 236 a 9 (117).
Kodicillariſche Fiktion 122 (66).
Kodicillarklauſel 182 (95), 208 (105).
Kognaten als Anwärter des Familienfideikommiſſes 230 (114), Inteſtaterbrecht 260 ff. (129 ff.).
Kognation 3 ff. (2).
Kollateralen 4 (3), Inteſtaterbrecht 269 (132).

Kollation 279 ff. (139 ff.).
Kollegatare, Anwachsungsrecht 227 (113), beim Prälegat 233 (116).
Komputation der Verwandtschaftsgrade 5 (3).
Konfirmirte Kodicille 122 (66).
Konkubinenkinder 56 a 2 (29), 72 (38), Erbrecht 160 (85), 276 (137).
Konfusion 356 (175).
Konkurs über den Nachlaß 328 ff. (164).
Konsens bei der Eheschließung 15 (9).
Korrealberechtigung bei alternativer Vermächtnißzuwendung 204 (103).
Korrespektive Testamente 186 (97).
Kretion 320 (160).
Kurator s. curator.

L.

Legate und Fideikommisse 115 (64).
Legatum debiti 225 (112).
— generis 219 a 7 (110).
— liberationis 224 (112).
— nominis 223 (112).
— optionis 218 (110).
— partitionis 240 a 6 (119).
— per damnationem 116 (64).
— per praeceptionem 117 (64).
— per vindicationem 116 (64).
— poenae nomine relictum 191 (98).
— sinendi modo 116 (64).
Legitimation 56 ff. (29).
Letztwillige Verfügungen, Form 126 ff. (68), Grundsätze 142 ff. (76 ff.).
Lex Atilia 74 (39).
— Cornelia de falsis 314 a 2 (157).
— Falcidia 97 (55), 138 (73), 197 (100), 238 a 2 (118).
— Furia 197 (100), 238 a 2 (118).
— Julia de fundo dotali 35 (18).
— Julia Titia 74 (39).
— Julia vicesima de testamentis 314 a 3 (157).
— Junia Vellaea 290 ff. (144).
— Papia Poppaea 159 (85), 177 (92), 213 (107), 228 (113), 277 (138), 334 a 10 (166).
— Voconia 197 (100), 238 a 2 (118).
Liberationsvermächtniß 224 (112).
Liberi 270 a 5 (133), s. auch Descendenten, uneheliche Kinder,
Lucra nuptialia 51 (27).

M.

Mancipationstestament 128 (69).
Manifestationseid des Beneficialerben 344 (171), des mit der Erbschaftsklage Belangten 352 (173).
Manus 8 a 1 (6).
Mehrfache Berufung zur Erbschaft 324 (162).
Mehrfache Verwandtschaft 274 (135).
Minderjährige, Bevormundung 76 (40), Unfähigkeit zur Vormundschaft 77 (41), Erbschaftserwerb 323 (161).
Militärtestament 137 (73).
Missio Antoniniana 195 (99).
— ex lege ultima de edicto divi Hadriani tollendo 317 (159).
— in bona 316 (159).
— in rem 192 a 2 (99), 195 a 18 (99).
— legatorum servandorum causa 195 (99).
— ventris nomine 319 (159).
Miterben 96 (55), 160 (86), 355 (175), s. auch Akkrescenz.
Mitvormund 78 (42).
Modus bei letztwilligen Verfügungen 157 (84), 358 (176).
Mortis causa donatio 235 (117).
Motive bei letztwilligen Verfügungen 150 (79).
Mucianische Kaution 156 (83), 236 (118), 238 (118).
— Präsumtion 20 (12).
Mundium 2 (1).

N.

Nachlaßkurator 315 (158).
Nachzettel 142 (75).
Nasciturus 103 (59), 272 (135), 300 (149).
Necessarii heredis 101 a 3 (58).
Negative Potestativbedingungen bei letztwilligen Verfügungen 156 (83).
Nichtigkeit der Ehe 14 (9).
— des Testamentes 178 (93).
Nießbrauch des Hausvaters 66 (34).
—, Vermächtniß 221 (111).
Notherbenrecht 286 ff. (142 ff.).
„Nullitätssystem" 308 (154).
Nuncupatio testamenti 128 (69).
Nupturienten 14 (9).

O.

Obervormundschaft 79 (43).
Octavus subscriptor 133 (70).
Oeconomia separata 61 (31).
Oeffentliche Testamente 134 (71).
Offenbarungseid des Beneficialerben 344 (171).
— des mit der Erbschaftsklage Belangten 352 (173).
Optio legata 218 (110).
Oralfideikommiß 141 (75), 203 (102).
Orbi 159 (85).

Ordentliche Testamentsformen 130 ff. (70 ff.).
Osculum interveniens 12 a 19 (7).

P.

Pacta dotalia 32 ff. (17).
Paraphernen 20 (12).
Parens binubus 160 (85).
Partitio legata 240 a 6 (119).
Patria potestas 54 ff. (28 ff.).
Peculium 62 ff. (32).
Permutatio dotis 32 (16).
Pfandrecht des Vermächtnißnehmers 195 (99), des Mündels 91 (52), der Ehefrau wegen Rückgabe der dos 38 (20).
Pflichttheilsrecht 294 ff. (146 ff.).
Poenae secundarum nuptiarum 51 (27).
— nomine relictum 191 (98).
Pollicitatio dotis 29 (16).
Portio legitima 294 (146).
Postumi 180 (93), 289 ff. (143).
Potestas 54 ff. (28 ff.), 2 (1).
Potestativbedingung bei letztwilligen Verfügungen 155 (83), 305 (152), 326 (163).
Präceptionslegat 116 (64).
Prälegat 231 ff. (115), 247 (122), 358 a 13 (176).
Praemium emancipationis 61 (31), 268 (132).
Praesumtio Muciana 20 (12).
Präsumtion der ehelichen Vaterschaft 54 (28).
Präterition 288 ff. (143 ff.).
Prätorisches Testament 129 (69).
Privattestament 130 (69).
Promissio dotis 29 (16).
Protutor 91 (53).
Provisorischer Erbschaftsbesitz 316 ff. (159).
Pupillarische Sicherheit 87 (49).
Pupillarsubstitution 169 ff. (89).
Putativehe 56 (28).

Q.

Quaestio Domitiana 132 a 12 (70).
Quarta divi Pii 59 (30), 277 (137).
— Falcidia 197 (101).
— Trebellianica 248 (122).
Quart der armen Wittwe 275 (137).
Quasipupillarsubstitution 173 (90).
Querella inofficiosae donationis 311 ff. (156).
— — dotis 311 (156).
— — testamenti 183 a 9 (95), 295 ff. (147 ff.), 308 (154).

R.

Realkuratel 77 (41).
Rechnungslegung des Vormundes 89 (51).
Rechtskraft des Urtheils beim Schuldvermächtniß 227 (112).
Rechtswohlthat des Inventars 343 ff. (171).
Redlicher Erbschaftsbesitzer 351 (172).
Regiment, Erbrecht 278 (138).
Regula Catoniana 206 (104).
Reichspolizeiordnungen 76 (40).
Rentenvermächtniß 222 (111).
Repräsentationsrecht 268 a 2 (132).
Repudiation der Vermächtnisse 215 (108).
Repudium 17 (10).
Res uxoria 24 (14).
Resolutivbedingungen bei letztwilligen Verfügungen 154 (82).
— — Schenkungen von Todeswegen 237 (117).
Responsum Celsinum 132 a 12 (70).
Restitution des Universalfideikommissars 244 ff. (121 ff.).
Rogation der Testamentszeugen 132 (70).
Ruhende Erbschaft 107 (61).

S.

Satisdatio legatorum servandorum causa 196 (100).
Schenkungen, Kollation 283 (141), Pflichttheilseinrechnung 304 (151).
— auf den Todesfall 235 ff. (117 ff.), Anfechtung wegen Pflichttheilsverletzung 311 (156).
— unter Ehegatten 45 ff. (24 ff.).
Schreibensunkundige, Testament 133 (70).
Schriftliches Testament 133 (70).
Schuldvermächtniß 225 (112).
Schwägerschaft 5 (4).
Schwängerung, außereheliche 72 (38).
Seelgeräth 143 a 3 (76).
Seitenverwandtschaft 4 (3).
Senatusconsultum Juventianum 349 (172).
— — Libonianum 153 (81).
— — Neronianum 117 (64).
— — Orfitianum 264 (130).
— — Pegasianum 245 (120), 119 (65).
— — Silanianum 104 ff. (60).
— — Tertullianum 264 (130).
— — Trebellianum 239 (119), 119 (65).
Separata oeconomia 61 (31).
Separationsrecht der Nachlaßgläubiger 340 ff. (170).
Siegelung des Nachlasses 315 (158).
Simulirte Eheschließung 15 (9).

Singularklagen gegen und für den Erben 353 (174).
Socinus 310 a 4 (155).
Soldatenteſtament 137 ff. (73), 98 (57), 100 (57).
Solidarverhältniß beim Schuldvermächtniß 227 (112).
Spatium deliberandi 328 (164).
Sponsalia 10 (7).
Stellvertretung beim Erbſchaftsantritt 323 (161).
Stiefverhältniß 6 (4).
Stumme, Unfähigkeit zum Teſtamentszeugniß 131 (70).
Substitutio compendiosa s. breviloqua 167 a 4 (88).
— reciproca 167 (88).
— tacita 169 (89), 172 a 15 (89).
Subſtitutionen 167 ff. (88 ff.), 230 (114)
Subſtituirte können nicht Deliberationsfriſt herbeiführen 330 (164).
Subſtitutionsportion bei Berechnung der Falcidia 199 (101).
Successio graduum 269 (133).
— in querellam inoff. test. 297 (147), 301 (149).
Succeſſive Berufung 324 (162).
— Univerſalfideikommiſſe 241 a 9 (119).
Successorium edictum 113 (62).
Sui, Inteſtaterbrecht 261 (129), Notherbenrecht 289 (143).
Suspenſivbedingungen bei letztwilligen Verfügungen 154 (82), bei Schenkungen von Todeswegen 236 (117).

T.

Tacita fideicommissa 106 (60).
— substitutio 169 (89), 172 a 15 (89).
Taube, Bevormundung 77 (41).
Taubſtumme, Teſtirfähigkeit 125 (67).
Teſtament 120 ff. (66), 145 ff. (77 ff.), 159 ff. (85 ff.).
Testamenti factio 102 ff. (59), 123 (67), bei Schenkungen von Todeswegen 238 (118).
Testamentum ad pias causas 137 (72).
— allographum 133 a 16 (70).
— calatis comitiis 127 (69).
— correspectivum 186 (97).
— destitutum 180 (93).
— holographum 133 a 16 (70).
— imperfectum 181 (94).
— inofficiosum 294 ff. (146 ff.).
— in procinctu 128 (69).
— irritum 179 (93).
— judici oblatum 134 (71).
— militare 137 (73).
— mysticum 147 (77).
— non perfectum 181 a 5 (94).
Testamentum nullum 178 (93).
— nuncupativum in scripturam redactum 133 (70).
— parentum inter liberos 136 (72).
— principi oblatum 134 (71).
— ruptum 180 (93).
— ruri conditum 136 (72).
— simultaneum 187 (97).
— tempore pestis conditum 136 (72).
Teſtamentsexekutoren 143 a 3 (76), 159 (84), 250 ff. (124 ff.).
Teſtamentsform 127 ff. (69 ff.).
Teſtaments-Publikation 313 ff. (157).
Teſtamentszeugen 130 (70).
Teſtirfähigkeit 123 (66).
Teſtirrecht 123 (67).
Titulus singularis des Beſitzers von Nachlaßgegenſtänden 348 (172).
Translation der Vermächtniſſe 211 (106).
Transmiſſion 331 ff. (165 ff.).
Trauerjahr 53 a 10 (27).
Trebellianiſche Quart 120 (65).
Tutela, tutor 74 (39).
Tutela testamentaria, legitima, dativa 81 (44).
Typiſche Interpretation der Teſtamente 148 (78).

U.

Ueberlegungsfriſt 328 (164).
Ueberreſt, Fideikommiß auf den U. 249 ff. (123).
Uneheliche Kinder, Alimentationsanſpruch 72 (38), Erbrecht 160 (85), 273 (135), 276 (137).
Unerlaubte Bedingung 157 (83).
Ungültigkeit der Ehe 14 (9), der Teſtamente 178 (93).
Unitas actus beim Teſtament 132 (70).
Univerſalfideikommiß 239 ff. (119 ff.).
Unmögliche Bedingungen bei letztwill. Verf. 157 (83).
Unmündige, teſtirunfähig, 124 (67).
Unſittliche Bedingungen bei letztwill. Verf. 157 (83).
Unterſchriftszeuge beim Teſtament 133 (70).
Unvererbliche Rechte 339 a 2 (169).
Univerſalſucceſſion des Erben 94 ff. (55).
Urtheil über Rechtsbeſtändigkeit des Teſtamentes 184 ff. (96).
Usucapio pro herede 108 ff. (61), 110 (61).
Uterini 4 (3).

V.

Väterliche Gewalt 54 ff. (28 ff.).
Vacantia bona 277 (138).
Vaterſchaft 54 ff. (28), uneheliche 72 (38), Vellejani 291 a 12 (143).

Veräußerung der Dotalsachen 35 (18), der Erbschaft 337 ff. (168).
Veräußerungsverbot der Dotalgrundstücke 35 (18), beim Universalfideikommiß 243 (120), für den Vormund 87 (50).
Vergleich über Anerkennung eines Testamentes 185 (96).
Verhinderung an der Testamentserrichtung 151 (80).
Verjährung der querella inofficiosae donationis 313 (156).
— des fiskalischen Anspruches auf bona vacantia 278 (138).
Verlöbniß 10 (7).
Vermächtniffe 189 ff. (98 ff.).
— neben dem Universalfideikommiß 249 (122).
Vermächtnißnehmer können nicht Deliberationsfrist herbeiführen 330 (164).
Vermächtnißverträge 255 (126).
Verschwägerung 5 (4).
Verschwender, Bevormundung 77 (41), Erbschaftsantritt 323 (161), Testirfähigkeit 125 (67).
Verwandtschaft 3 ff. (2 ff.), als Ehehinderniß 16 (9), bei der Intestaterbfolge 272 ff. (135).
Verwendungen s. impensae.
Verzeihung wegen eines Ehescheidungsgrundes 18 (10), wegen eines Enterbungsgrundes 307 (153).
Vindicatio caducorum 229 a 5 (113).
Vindikationslegat 229 (113), 116 (64), 192 (99), 215 a 1 (108).
Volkstestament 127 (69).
Vollmacht zum Erbschaftsantritt 323 (161).
Voluntarii heredes 101 (58), 321 ff. (161 ff.).
Vormundschaft 73 ff. (39 ff.), des Vaters 67 (34).
Vorvermächtniß 231 ff. (115).
Vulgarsubstitution 167 ff. (88).

W.

Wahlvermächtniß 219 (110).
Wahnsinn s. Geisteskranke, furiosi.
Widerruf des Testamentes 180 (94).
Wiederverheirathung, Nachtheile 51 (27).
Wittwe, Quart der armen W. 275 (137).

Z.

Zeugen s. Testamentszeugen.
Zwang bei der Eheschließung 15 (9).
— bei letztwilligen Verfügungen 151 (80).
Zweite Ehe s. binubus.

G. Pätz'sche Buchdruckerei (Lippert & Co.), Naumburg a/S.

Pandekten

von

Heinrich Dernburg,
ordentlichem Professor des Rechtes an der Universität Berlin.

Dritter Band.

1. Lieferung.

Berlin 1887.
Verlag von H. W. Müller.

Verlag von H. W. Müller in Berlin, Luckenwalderstr. 2.

Die Reform
der
juristischen Studienordnung.

Von

Dr. Heinrich Dernburg,
Geh. Justizrath, ord. Professor des Rechtes in Berlin,
Mitglied des Herrenhauses.

Preis 1 Mk.

Inhalt:

I. Nothwendigkeit der Reform der juristischen Studienordnung. — II. Kontrole des Besuches der Vorlesungen. — III. Zwischenexamen. — IV. Ferien und Lehrmethode. — V. Quadriennium. — VI. Ein Vorschlag. — VII. Das erste Universitätsstudium und das Referendariatsexamen. — VIII. Vorbereitungsdienst und zweiter Universitätscyklus. — IX. Umgestaltung des Studiums in Folge des Reichscivilgesetzbuchs. — X. Gerichtsverfassungsgesetz. — XI. Resultate. — Anhang.

Strafprozeßordnung
für das Deutsche Reich
und das,
Gerichtsverfassungsgesetz.

Mit den Entscheidungen des Reichsgerichts.

Herausgegeben von

Dr. P. Daude,
Universitätsrichter bei der Königl. Friedr. Wilh.-Univ. Berlin.

1886. kl. 8°. **Gebunden Mk. 3,50.**

☛ Das vorliegende Werk kann auch mit der von demselben Verfasser bearbeiteten gleichartigen Ausgabe des **Deutschen Strafgesetzbuchs** (2. Aufl.) zusammen in **einem** Bande (gebunden M. 5,50) bezogen werden. ☚

Rec. March 21, 1892

In demselben Verlage erschien:

Allgemeine
Deutsche Wechsel-Ordnung

mit

Kommentar in Anmerkungen

und der

Wechselprozeß nach den Reichs-Justizgesetzen.

Herausgegeben

von

H. Rehbein,

Reichsgerichtsrath.

Dritte, verbesserte Auflage.

1886. gr. 8. 173 Seiten. In dauerhafter Cartonnage M. 3,50.

Beurtheilung der früheren Auflage:

„Die Bearbeitung verdient uneingeschränkte Anerkennung. Der Kommentar gewährt ein getreues Bild des Standes der Praxis; der umfangreiche Stoff ist darin in so trefflicher Weise in Abschnitte vertheilt und innerhalb der Abschnitte nach bestimmten Gesichtspunkten zergliedert, daß eine Uebersicht desselben ohne Schwierigkeit zu gewinnen ist. Die Uebersichtlichkeit wird noch dadurch gefördert, daß den längeren, sich über mehrere Seiten erstreckenden Erläuterungen alphabetisch geordnete Inhaltsregister vorangestellt sind. Die Darstellung ist durchweg einfach, klar und leicht verständlich; die aus den Entscheidungen der Gerichtshöfe (des Reichsgerichts, R.O.H.G.s und des preuß. Ober-Tribunals) extrahirten Grundsätze sind mit gleicher Präzision wie die eigenen Bemerkungen des Verfassers redigirt, und überall ist mit Zuverlässigkeit erkennbar, inwieweit die Erläuterungen sich auf Judikate stützen und inwieweit darin eigene Ansichten des Verfassers niedergelegt sind. Der den Prozeß behandelnde Exkurs stellt ausführlich die Voraussetzungen und den Gang des neuen Wechselprozesses im Vergleich mit dem regelmäßigen Verfahren der Civilprozeßordnung dar, wobei auf die Urtheile des Reichsgerichts sowie auf die Literatur stets Rücksicht genommen ist.

Nach unserer Ueberzeugung hat der Verfasser die Aufgabe, die er sich gestellt, sowohl den Kreisen der praktischen Juristen als der Geschäftstreibenden zu dienen, in so glücklicher Weise gelöst, daß seinem Buch der Beifall Aller, die dasselbe benutzen, nicht fehlen kann."

Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts.

Die

Deutsche Civilprozeßordnung.

Für die Praxis erläutert

von

O. Reincke,

Director am Landgericht I zu Berlin.

1885. gr. Oktav. 808 Seiten. Mk. 14, gebunden Mk. 15,50.

„... Der Reincke'sche Kommentar verdient die vollste Anerkennung und Beachtung. Der Praktiker möge getrost auch in den schwierigsten Fragen nach ihm greifen, er wird ihn nicht im Stiche lassen. Er giebt ihm überall eine wohlerwogene selbstständige Meinung, er berücksichtigt ausreichend Literatur und Judikatur, er belehrt ihn durch kurze Andeutungen und Verweisungen, wo er sich auf kontroversem Gebiete befinde. Sein Hauptvorzug besteht aber u. E. in einer seltenen Gewandtheit, trotz des Anschlusses an die Legalordnung, ja selbst innerhalb der einzelnen Gesetzesparagraphen, zu systematisiren. Ueberrascht sehen wir manchmal, daß in der C.P.O. viel mehr System steckt, als wir selbst vermutheten. Zugleich giebt dies Systematisiren dem Kommentar die Gestalt lauter kleiner in sich geschlossener und wohlabgerundeter Einzelabhandlungen; es verschafft den Interpretationen des Verfassers überall eine allgemeinere Grundlage und damit eine logische Schärfe und Stärke, welche von vornherein von ihrer Richtigkeit überzeugen. Ganz besonders aber dürfte sich das Werk zum Gebrauch für den **jungen Juristen** empfehlen." **Prof. Birkmeyer** (in der Zeitschr. f. Rechtspflege).

„... Wir haben das Erscheinen des Werkes freudig begrüßt und wiederholen auf Grund eigener Erfahrung, daß das Buch für die Praxis sehr brauchbar ist und sich namentlich zur Kontrolle dafür eignet, ob die aus dem Studium des Gesetzes und der Kommentare gewonnene Auffassung mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen der C.P.O. übereinstimmt."

Reichsgerichtsrath Rassow (in Gruchot's Beiträgen 1885 S. 738 f.).

„Der Werth dieses Kommentars liegt hauptsächlich darin, daß der Verfasser die praktischen Bedürfnisse eingehend berücksichtigt hat, ohne daß hierdurch die wissenschaftliche Behandlung der Prozeßmaterie vernachlässigt worden wäre. Die Kommentirung der Prozeßordnungsparagraphen zeichnet sich dadurch vor vielen andern Kommentaren aus, daß sie den in den einzelnen Paragraphen enthaltenen Gesetzesstoff systematisch gruppirt, wodurch man sich rasch und sicher im einzelnen Falle im Gesetze zu orientiren in der Lage ist. Die reichsgerichtliche Rechtsprechung sowie die Literatur ist ausführlich und äußerst geschickt verwerthet, die Hauptkontroversen finden sorgfältige Beachtung, und wahrt sich der Verfasser hierbei auch sein selbstständiges Urtheil. Das Buch wird der Praxis treffliche Dienste leisten. Es verdient die wärmste Empfehlung."

Dr. Barazetti (Annalen der Großherz. Bad. Gerichte).

J. Pätz'sche Buchdruckerei (Otto Hauthal) in Naumburg a. S.

Pandekten

von

Heinrich Dernburg,
ordentlichem Professor des Rechtes an der Universität Berlin.

Dritter Band.

2. Lieferung.

Berlin 1887.
Verlag von H. W. Müller.

Die Schlußlieferung des Werkes erscheint bei Beginn des Wintersemesters.

In demselben Verlage erschien:

Die

Gesammten Reichs-Justizgesetze

und die sämmtlichen

für das Reich und in Preußen erlassenen

Ausführungs- und Ergänzungsgesetze,

Verordnungen, Erlasse und Verfügungen,

nebst den Urtheilen des Reichsgerichts und den endgültigen Entscheidungen des Kammergerichts.

Mit Anmerkungen, Kostentabellen und Sachregister

von

Dr. P. Kayser,

Kaiserl. Wirkl. Legationsrath und vortrag. Rath im Auswärtigen Amt.

---

4. Auflage. 1. bis 5. Lieferung. 14 Mark.

Subscriptionspreis für das bis September 1887 vollständig werdende Werk 18 Mk.

Diese neue Auflage des dem Preußischen Praktiker wohlbekannten Handbuchs ist eine völlig umgearbeitete, weil nicht nur in der Gesetzgebung selbst Aenderungen eingetreten sind, sondern weil hauptsächlich auf dem Gebiete der Justizverwaltung — so namentlich im Kanzlei- und Kassenwesen — eine **außerordentliche Umwälzung** stattgefunden hat. Die Zahl der **neu** aufgenommenen Gesetze, Verordnungen, Erlasse und Verfügungen ist auf 140 angewachsen — gegenüber der Gesammtzahl von 360 eine stattliche Vermehrung — und wird noch gesteigert durch die während des Druckes eintretenden Ergänzungen, welche entweder an Ort und Stelle eingereiht oder am Schlusse nachgeliefert werden sollen. Hinzugekommen sind ferner die höchstgerichtlichen Entscheidungen der letzten Jahre.

Soeben erschien:

Die bürgerlichen Rechtsverhältnisse

bei

Militärpersonen

des Deutschen Heeres und der Kaiserlichen Marine.

Zum Handgebrauch für Militär- und Civilbehörden, insbesondere für Auditeure und untersuchungsführende Offiziere sowie für Gerichts-, Staatsanwälte und Rechtsanwälte bearbeitet

von

Dr. P. Daude,

Universitätsrichter bei der Königl. Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin.

2. Auflage. 479 Seiten. Dauerhaft kartonnirt. Preis 6 Mark.

Die Entscheidungen

des vormaligen

Preußischen Ober-Tribunals

auf dem Gebiete des Civilrechts.

Für das Studium und die Praxis

bearbeitet und herausgegeben

von

H. Rehbein,

Reichsgerichtsrath.

8. Lieferung (des III. Bandes 1. Lieferung). M. 4,50.

Die

Deutsche Civilprozeßordnung.

Für die Praxis erläutert

von

O. Reincke,

Direktor am Landgericht I zu Berlin.

1885. gr. Oktav. 808 Seiten. Mk. 14, gebunden Mk. 15,50.

„... Der Reincke'sche Kommentar verdient die vollste Anerkennung und Beachtung. Der Praktiker möge getrost auch in den schwierigsten Fragen nach ihm greifen, er wird ihn nicht im Stiche lassen. Er giebt ihm überall eine wohlerwogene selbstständige Meinung, er berücksichtigt ausreichend Literatur und Judikatur, er belehrt ihn durch kurze Andeutungen und Verweisungen, wo er sich auf kontroversem Gebiete befinde. Sein Hauptvorzug besteht aber u. E. in einer seltenen Gewandtheit, trotz des Anschlusses an die Legalordnung, ja selbst innerhalb der einzelnen Gesetzesparagraphen, zu systematisiren. Ueberrascht sehen wir manchmal, daß in der C.P.O. viel mehr System steckt, als wir selbst vermutheten. Zugleich giebt dies Systematisiren dem Kommentar die Gestalt lauter kleiner in sich geschlossener und wohlabgerundeter Einzelabhandlungen; es verschafft den Interpretationen des Verfassers überall eine allgemeinere Grundlage und damit eine logische Schärfe und Stärke, welche von vornherein von ihrer Richtigkeit überzeugen. Ganz besonders aber dürfte sich das Werk zum Gebrauch für den **jungen Juristen** empfehlen." **Prof. Birkmeyer** (in der Zeitschr. f. Rechtspflege).

„... Wir haben das Erscheinen des Werkes freudig begrüßt und wiederholen auf Grund eigener Erfahrung, daß das Buch für die Praxis sehr brauchbar ist und sich namentlich zur Kontrolle dafür eignet, ob die aus dem Studium des Gesetzes und der Kommentare gewonnene Auffassung mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen der C.P.O. übereinstimmt."

Reichsgerichtsrath Rassow (in Gruchot's Beiträgen 1885 S. 738 f.).

„Der Werth dieses Kommentars liegt hauptsächlich darin, daß der Verfasser die praktischen Bedürfnisse eingehend berücksichtigt hat, ohne daß hierdurch die wissenschaftliche Behandlung der Prozeßmaterie vernachlässigt worden wäre. Die Kommentirung der Prozeßordnungsparagraphen zeichnet sich dadurch vor vielen andern Kommentaren aus, daß sie den in den einzelnen Paragraphen enthaltenen Gesetzesstoff systematisch gruppirt, wodurch man sich rasch und sicher im einzelnen Falle im Gesetze zu orientiren in der Lage ist. Die reichsgerichtliche Rechtsprechung sowie die Literatur ist ausführlich und äußerst geschickt verwerthet, die Hauptkontroversen finden sorgfältige Beachtung, und wahrt sich der Verfasser hierbei auch sein selbstständiges Urtheil. Das Buch wird der Praxis treffliche Dienste leisten. Es verdient die wärmste Empfehlung."

Dr. Karazetti (Annalen der Großherz. Bad. Gerichte).

E. Täp'sche Buchdruckerei (Otto Hauthal) in Naumburg a/S

Pandekten

von

Heinrich Dernburg,
ordentlichem Professor des Rechtes an der Universität Berlin.

Dritter Band.

3. Lieferung.
(Schluß des Werkes.)

Berlin 1887.
Verlag von H. W. Müller.

☞ **Elegante Einbanddecken** (Halbfranz) zu dem nun vollständig vorliegenden III. Bande können für M. 1,25 durch alle Buchhandlungen bezogen werden.

In demselben Verlage erschien soeben:

Die

Königl. Friedrich-Wilhelms-Universität

zu

Berlin.

Systematische Zusammenstellung

der

für dieselbe bestehenden gesetzlichen statutarischen und reglementarischen Bestimmungen.

Im Auftrage

Sr. Excellenz des Ministers der geistlichen, Unterrichts- und Medizinal-Angelegenheiten

Herrn **Dr. von Goßler**

bearbeitet

von

dem Universitäts-Kuratorium

durch dessen Mitglied, Universitätsrichter

Dr. Daude.

Lexikon-Oktav. 756 Seiten. Preis 10 Mark.

In demselben Verlage erschien:

Die

Gesammten Reichs-Justizgesetze

und die sämmtlichen

für das Reich und in Preußen erlassenen

Ausführungs- und Ergänzungsgesetze,

Verordnungen, Erlasse und Verfügungen,

nebst den Urtheilen des Reichsgerichts und den endgültigen Entscheidungen des Kammergerichts.

Mit Anmerkungen, Kostentabellen und Sachregister

von

Dr. P. Kayser,

Kaiserl. Wirkl. Legationsrath und vortrag. Rath im Auswärtigen Amt.

4. Auflage. Lexikon-Oktav. 1153 Seiten M. 18; eleg. gebunden M. 19,50.

Akademische Praktika

von

Dr. Leonard Jacobi,

Dozent der Rechte und Rechtsanwalt zu Berlin.

1. Abtheilung.

Privatrechtsfälle des Römischen und gemeinen Rechts.

Kl. 8°. Cartonnirt M. 1,50.

Die

Deutsche Civilprozeßordnung.

Für die Praxis erläutert

von

O. Reincke,

Direktor am Landgericht I zu Berlin (jetzt Reichsgerichtsrath).

1885. gr. Oktav. 808 Seiten. Mk. 14, gebunden Mk. 15,50.

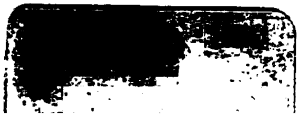
„... Der Reincke'sche Kommentar verdient die vollste Anerkennung und Beachtung. Der Praktiker möge getrost auch in den schwierigsten Fragen nach ihm greifen, er wird ihn nicht im Stiche lassen. Er giebt ihm überall eine wohlerwogene selbstständige Meinung, er berücksichtigt ausreichend Literatur und Judikatur, er belehrt ihn durch kurze Andeutungen und Verweisungen, wo er sich auf kontroversem Gebiete befinde. Sein Hauptvorzug besteht aber u. E. in einer seltenen Gewandtheit, trotz des Anschlusses an die Legalordnung, ja selbst innerhalb der einzelnen Gesetzesparagraphen, zu systematisiren. Ueberrascht sehen wir manchmal, daß in der C.P.O. viel mehr System steckt, als wir selbst vermutheten. Zugleich giebt dies Systematisiren dem Kommentar die Gestalt lauter kleiner in sich geschlossener und wohlabgerundeter Einzelabhandlungen; es verschafft den Interpretationen des Verfassers überall eine allgemeinere Grundlage und damit eine logische Schärfe und Stärke, welche von vornherein von ihrer Richtigkeit überzeugen."

Prof. Birkmeyer (in der Zeitschr. f. Rechtspflege).

„... Wir haben das Erscheinen des Werkes freudig begrüßt und wiederholen auf Grund eigener Erfahrung, daß das Buch für die Praxis sehr brauchbar ist und sich namentlich zur Kontrolle dafür eignet, ob die aus dem Studium des Gesetzes und der Kommentare gewonnene Auffassung mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen der C.P.O. übereinstimmt."

Reichsgerichtsrath Rassow (in Gruchot's Beiträgen 1885 S. 788 f.).

„Der Werth dieses Kommentars liegt hauptsächlich darin, daß der Verfasser die praktischen Bedürfnisse eingehend berücksichtigt hat, ohne daß hierdurch die wissenschaftliche Behandlung der Prozeßmaterie vernachlässigt worden wäre. Die Kommentirung der Prozeßordnungsparagraphen zeichnet sich dadurch vor vielen andern Kommentaren aus, daß sie den in den einzelnen Paragraphen enthaltenen Gesetzesstoff systematisch gruppirt, wodurch man sich rasch und sicher im einzelnen Falle im Gesetze zu orientiren in der Lage ist. Die reichsgerichtliche Rechtsprechung sowie die Literatur ist ausführlich und äußerst geschickt verwerthet, die Hauptkontroversen finden sorgfältige Beachtung, und wahrt sich der Verfasser hierbei auch sein selbstständiges Urtheil. Das Buch wird der Praxis treffliche Dienste leisten. Es verdient die wärmste Empfehlung."

Dr. Barazetti (Annalen der Großherz. Bad. Gerichte).

G. Pätz'sche Buchdr. (Lippert & Co.), Naumburg a/S.